Ein Beitrag zur Lehre vom Unvermögen des Schuldners zur Leistung mit besonderer Berücksichtigung der Lehre vom anfängl. Unvermögen

Albertus Burmeister
Referendar. Boizenburg a. d. Elbe.

Ein Beitrag zur Lehre vom Unvermögen des Schuldners zur Leistung, mit besonderer Berücksichtigung der Lehre vom anfängl. Unvermögen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Albertus Burmeister, Referendar
Boizenburg (Elbe).

ACAD. IMMAT. BIBL.

Schwerin.
Buchdruckerei W. Sengebusch, Inh. Bertram & Meyer.
1911.

Berichterstatter: Herr Professor Dr. jur. **Bernhöft.**

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Vorwort 9
§ 2. Bestimmung des Begriffes „Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ 11
a) die subjektive Unmöglichkeit des „gemeinen Rechts“.
b) der Begriff „Unvermögen“ nach BGB.
§ 3. Unterscheidung zwischen anfänglichem und nachfolgendem Unvermögen 52
§ 4. Die Wirkungen des anfänglichen Unvermögens auf das Bestehen des Vertrages 57

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551520_0041

Verzeichnis

der zu dieser Arbeit benutzten Literatur.

1. Bernhöft: Kauf, Miete und verwandte Verträge in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, Verlag von Bekker u. Fischer. Heft 12. 1889. —
2. Bernhöft: Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung. 1903.
3. Bernhöft: Beitrag zur Lehre vom Kaufe, in Iherings Jahrbüchern, Band XIV.
4. Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 91.
5. Brecht: System der Vertragshaftung, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 53.
6. Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 1879.
7. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1899.
8. Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band II. 1902.
9. Dernburg: Pandekten. 7. Auflage, II. Teil. 1903.
10. Dernburg: Bürgerliches Recht. 3. Auflage, II. Teil. 1905.
11. Deutsche Juristen-Zeitung. 1903.
12. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Auflage, I. Teil. 1899.
13. H. A. Fischer: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, in der Festschrift zum 50jährigen Jubiläum Sr. Exzellenz des Staatsrates Dr. Julius von Arnsberg am 17. Mai 1904.
14. H. A. Fischer: Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung, in Iherings Jahrbüchern, Band 37.
15. Fischer-Henle: Kommentar zum BGB. 7. Auflage. 1906.
16. Goldmann u. Lilienthal: Das bürgerliche Recht systematisch dargestellt. 1901.

17. Gruchots Beiträge zur Erläuternng des Deutschen Rechts, Band 48. 1904.
18. Hartmann: Die Obligation. 1875.
19. Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Auflage, Teil II. 1905.
20. Hellmann: Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 90.
21. Jagielski: Die Grundsätze über die ursprüngliche Unmöglichkeit und das ursprüngliche Unvermögen in dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Heidelberger Inaugural-Dissertation. 1910.
22. Juristische Wochenschrift. 1905.
23. Keller: Pandekten. 1861.
24. Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess. Band 7.
25. Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.
26. Kleineidam: Einzelne Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre, in Iherings Jahrbüchern, Band 43.
27. Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess, im Archiv für die zivilistische Praxis, Band 101.
28. Krug: Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Breslauer Inaugural-Dissertation. 1901.
29. Loske: Ursprüngliches Unvermögen bei vertragsmässigen Schuldverhältnissen. Rostocker Inaugural-Dissertation. 1903.
30. Mathies: Unvermögen zur Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Inaugural-Dissertation der Universität Leipzig. 1905.
31. Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Auflage. 1910.
32. Mommsen: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. 1853.
33. Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II.
34. Neumann: Kommentar zum BGB. 3. Auflage. 1903.
35. Oertmann: Kommentar zum BGB., 3. u. 4. Auflage. II. Teil. 1910.
36. Pakuscher: Die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Rostocker Inaugural-Dissertation. 1907.
37. Planck: Kommentar zum BGB. 3. Auflage, II. Teil. 1903.
38. Protokolle zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Band 1 und 6.
39. Puchta: Vorlesung über das heutige römische Recht. 1852.
40. Puchta: Kursus der Institutionen. 1872.
41. Reinke: Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Rostocker Inaugural-Dissertation. 1903.

42. Savigny: Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Band I. 1851.
43. Schollmeyer: Kommentar zum zum BGB. 1. Auflage, Teil II. 1900.
44. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
45. Staudinger: Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse. 5. und 6. Auflage. 1910.
46. Steiner: Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmässigen Schuldverhältnissen. Rostocker Inaugural-Dissertation. 1903.
47. Titze: Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichem Recht. 1900.
48. Ubbelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches in II. Lesung, § 232 und 235, im Archiv für die zivilistische Praxis. Band 90.
49. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 1869.
50. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1873.
51. Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht. Archiv für zivilistische Praxis, Band 92.
52. BGB. Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1910.

§ 1.

Vorwort.

Seit dem Inkrafttreten des BGB. ist eine Summe von Literatur aufgetaucht über die Auslegung und Verwertung der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen. Aber trotz dieser zahlreichen Literatur, trotzdem immer neue Lehrbücher und Kommentare erscheinen, die dies schwierige Gebiet zu regeln bestimmt sind, trotzdem ist bisher keine Einigung auf diesem Gebiete erzielt, vielmehr heißt es nach wie vor „so viel verschiedene Schriften, so viel abweichende Meinungen".

Freilich soweit nur die Unmöglichkeit in Betracht kommt, ist eine annähernde Einigung erzielt, aber der Begriff „Unvermögen" ist noch vollkommen streitig. Kommt dies dadurch, daß die Ansichten darüber, wie große Kraftanstrengungen ein Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung zu leisten hat, auseinander gehen, oder ist es ein Zeichen davon, daß der Begriff Unvermögen überhaupt nicht durch klaren Lehrsatz einheitlich zu regeln ist; das lassen wir dahingestellt.

Wenn nun auch ich es übernommen habe, den Versuch, Klarheit in diese widerstrebenden Ansichten zu bringen, in dieser kleinen Schrift zu machen, so habe ich doch von vorne herein darauf verzichtet, eine umfassende Regelung des ganzen Gebietes des Unvermögens zu unternehmen. Vielmehr habe ich mich begnügt, nur hier und da einzelne Gebiete, die mir besonders wichtig erschienen, herauszu-

greifen und eingehend unter genauer Bezugnahme auf die bestehende Literatur zu behandeln.

Dabei habe ich besonderen Wert gelegt auf die Bestimmung des Begriffes „Unvermögen", denn gerade in der Feststellung dieses Begriffes liegen m. E. die Ursachen zu den vielen Abstimmigkeiten und Unzufriedenheiten mit der vom Gesetz getroffenen Regelung. Dadei ließ sich freilich nicht vermeiden, hier und da auch Streiflichter auf andere Gebiete, vor allen das Gebiet der Unmöglichkeit, zu werfen, doch habe ich mich bemüht, derartige Abschweifungen so kurz zu erledigen, wie es im Interesse der Klarheit möglich war.

§ 2.

Bestimmung des Begriffes Unvermögen des Schuldners zur Leistung.

Jede Leistung, die jemand kraft Vertrages zu erbringen verpflichtet ist, erfordert eine gewisse Kraftanstrengung, und zwar ist diese Kraftanstrengung für jede bestimmte Leistung bestimmt groß. Bisweilen tritt nun auch der Fall ein, daß der Erbringung der Leistung ungewöhnliche Schwierigkeiten entgegenstehen, daß die Leistung eine Kraftanstrengung erfordert, die über das gewöhnliche Maß hinausgeht. Es ist nun fraglich, ob dann die Leistung auch erbracht werden muß, trotzdem der Schuldner zu ihrer Erbringung Schwierigkeiten zu überwinden hat, die gewöhnlich nicht in der Natur der zu bewirkenden Leistung stehen.

Diese Frage wird im Gesetzbuch in der Lehre von der Unmöglichkeit und[1]) dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung erledigt. Wenngleich an sich die Lehre von der Unmöglichkeit nicht in den Rahmen dieser Arbeit fällt, so glaubte ich doch, etwas auf dieselbe eingehen zu müssen, da ohne dieselbe eine Abgrenzung des Begriffes Unvermögen gegenüber der Unmöglichkeit sehr schwer zu erbringen wäre.

Das BGB. hat keine Definition der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen gegeben, sondern hat nur die Folgen bestimmt, die an das Eintreten derselben geknüpft werden müssen.

Es ist daher die Aufgabe der Wissenschaft, diese Begriffe so festzulegen, wie sie die bisherige Literatur als

[1]) Ich schreibe nicht bloß „in der Lehre von der Unmöglichkeit", da, wie nachher erörtert werden soll, das Unvermögen kein Teil der Unmöglichkeit ist, sondern ein selbständiger, höchstens verwandter Begriff.

für das alte bisherige Recht bestehend uns übermittelt hat. Doch ist es zugleich die Pflicht der modernen Rechtstheorie, nicht prüfungslos die Rechtssätze des bisherigen Rechts zu übernehmen, und als richtig der Praxis zu übermitteln, sondern die Praxis als Prüfstein zu gebrauchen für den Wert oder Unwert einer Auslegung, um so einen klaren, brauchbaren Begriff in die Praxis einzuführen.

Venulejus bezeichnet den Begriff der Unmöglichkeit durch den Ausdruck „impedimentum naturale", wobei er allerdings zunächst nur die natürliche Unmöglichkeit[1]) vor Augen hat. Ähnliche Ausdrücke sind mit Bezeichnung auf obligationes faciendi: „quod natura fieri non concedit" und auf obligationes dandi: quod dari non potest.[2]) Neben dem „impedimentum naturale" erwähnt der Jurist die bloße „difficultas dandi", die dann vorliegt, wenn, wie in l. 137 § 4 D de verborum obligationibus 45. 1. gesagt wird, die causa difficultatis nur „ad incommodum promissoris" sich erstreckt.

Im gemeinen Recht, das doch unmittelbar auf dem römischen corpus juris civilis fußte, ist der Begriff Unmöglichkeit entgegen dem römischen Recht als Oberbegriff aufgestellt und geteilt in objektive und subjektive Unmöglichkeit. Wenngleich diese Bezeichnungen an sich wohl nur infolge einer fehlenden passenden Übersetzung[3]) für römischrechtliche difficultas dandi und das impedimentum naturale entstanden sind, so haben sich doch auch die Begriffe mit der Zeit zu der Quellenstelle bei Venulejus nicht angemessenen herausgebildet.

Das impedimentum naturale hat freilich annähernd dieselbe Bedeutung wie die objektive Unmöglichkeit des gemeinen Rechts; die difficultus dandi der l. 137 § 4 D.

[1]) Vergleiche Mommsen, a. a O. S. 6. Gegensatz zu natürlicher Unmöglichkeit — juristische Unmöglichkeit.

[2]) l. 35 pr. D. de verborum obligationibus 45. 1. l. 1 § 9 de obligationibus et actionibus 44. 7.

[3]) Vergleiche Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 6.

d. V. O. 45. 1 besagte dagegen m. E. etwas Anderes als die subjektive Unmöglichkeit, letztere ist vielmehr entgegen der Quellenstelle als wahre Unmöglichkeit in der Person des Schuldners liegend herangebildet.

Freilich stehen die gemeinrechtlichen Schriftsteller beim Modellieren ihres Begriffes von der subjektiven Unmöglichkeit angeblich auch auf dem Boden der vorhin zitierten Quellenstelle. Sie berufen sich nämlich auf die beiden von den Juristen dort angeführten Beispiele, in welchen dieser von einer dificultas dandi spricht bei einer versprochenen Geldleistung, wenn der Schuldner diese Geldsumme selbst nicht hat, oder wegen mangelnden Kredits nicht erbringen kann; ferner bei einer Leistung einer fremden Sache, welche der Eigentümer nicht verkaufen will. Wenn jedoch die gemeinrechtlichen Schriftsteller hieraus folgern wollen, daß „subjektive Unmöglichkeit" nur dann vorliege, wenn der Schuldner seine Leistung trotz größtmöglichster Anstrengung nicht erbringen kann,[1]) so legen sie m. E. der Bedeutung dieser Beispiele zu großes Gewicht bei und geben zu wenig Acht auf die einfache Wortauslegung der „difficultas dandi". Freilich den Beispielen gemäß ist die gemeinrechtliche Theorie von der subjektiven Unmöglichkeit, doch schließt dies nicht aus, daß die Auslegung des Begriffes trotzdem quellenwidrig ist. Die Beispiele sollen m. E. nur klarlegen, wo die Grenzen liegen zwischen „difficultas dandi" und „impedimentum naturale", nicht sollen sie bestimmen, dies, und nur dies, ist eine difficultas dandi.

Vielmehr muß man die Grenzen der difficultas dandi gegenüber dem Leistenkönnen aus den Worten entnehmen,

[1]) Windscheid a. a. O. S. 50 Anm. 1 scheint jedoch es nicht für notwendig anzusehen zur Begründung einer subjektiven Unmöglichkeit, daß die Leistungsmöglichkeit von dem Schuldner trotz Anstrengungen seinerseits nicht wiederhergestellt werden kann, denn er spricht von subjektiver Unmöglichkeit schon beim Geben einer Sache, die nicht im Eigentum des Schuldners steht, ohne Rücksicht zu nehmen darauf, daß der Schuldner Eigentum eventuell noch erwerben könnte.

„qui efficere non possit, cum alio possibile sit", und das „non possit" so interpretieren, daß es heißt „aus eigener Kraft", ohne Hinzuziehung fremden Willens nicht zu bewirken mag.

Die „difficultas dandi" ist demnach m. E. ein viel weiterer Begriff als die subjektive Unmöglichkeit, denn sie schließt auch die bloße Schwierigkeit eine Leistung zu erbringen in sich ein.

Falsch ist demnach auch, wie schon von Kleineidam in „Unmöglichkeit und Unvermögen"[1]) erwähnt, die Ausführung Dernburgs:[2])[3])

> „Von der Unmöglichkeit, auch der subjektiven, ist die Schwierigkeit der Erfüllung zu unterscheiden, dahin gehört Geldmangel des Schuldners."

Denn es gehört die Schwierigkeit, eine Leistung zu erbringen, an sich unter den Begriff der „difficultas dandi"; sie erfüllt den Begriff der difficultas aber nicht ganz, sondern diese faßt m. E. außerdem auch die gesamte gemeinrechtliche subjektive Unmöglichkeit in sich ein.

Das gemeine Recht definiert demnach die Begriffe subjektive und objektive Unmöglichkeit etwa folgendermaßen:

Objektive Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn dieselbe ihren Grund hat in dem Gegenstande der Obligation, subjektive Unmöglichkeit ist dann gegeben, wenn deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners, oder in dessen Verhaltnissen zum Gegenstande der Obligation liegt.[4])

Hierbei haben sich, wie schon erwähnt, die Rechtslehrer des gemeinen Rechts mit Ausnahme vielleicht von Windscheid bei der Auslegung des Begriffes „subjektive Unmöglichkeit" unmittelbar auf das Wort „Unmöglichkeit" bezogen, und sprechen dem Schuldner die befreiende

[1]) a. a. O. S. 7 ff.

[2]) Pandekten, Bd. II, § 16.

[3]) Vergleiche auch a. a. O., Anm. 6.

[4]) Mommsen a. a. O. S. 5, vergl. auch Savigny Obligationenrecht I Seite 384.

Wirkung der subjektiven Unmöglichkeit nur zu, wenn der Schuldner wirklich, trotz Aufbietung aller Kräfte die Leistung nicht erbringen kann.

Es dürfte nun fraglich sein, ob die soeben gegebene Definition der Begriffe „objektive und subjektive Unmöglichkeit" unverändert in das BGB. übernommen sind. Eine große Anzahl von Schriftstellern behauptet dies.[1])

Diese Ansicht durfte jedoch nicht richtig sein, wenigstens findet sich weder in den Motiven noch in den Protokollen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches irgend etwas, was diese Behauptung begründen könnte.[2]) M. E. ist die Festlegung dieser Begriffe erst der Wissenschaft überlassen, die sie unter eingehender Prüfung durch die Praxis so zu gestalten hat, wie sie am zweckdienlichsten erscheinen und einen mit den Gesetzen der Billigkeit gut vereinbaren Erfolg ergeben.

Es bleibt daher bei meiner oben angeführten Behauptung. Das BGB. hat zwar die Bezeichnungen „Unmöglichkeit" und die von Brinz im Lehrbuch der Pandekten Band II § 245 S. 123 zuerst[3]) aufgebrachte Bezeichnung „Unvermögen" für „subjektive Unmöglichkeit" übernommen, doch ist dadurch noch lange nicht bewiesen, daß damit

[1]) Titze a. a. O. § 4; H. A. Fischer im Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 9. Jagielski a. a. O. § 2. Biermann a a. O. S. 90: Solange der Schuldner sein Unvermögen zu beseitigen vermag, solange vermag er auch die Leistung vorzunehmen. Vergl. auch Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 275: Unvermögen liegt dann vor, wenn die Erfüllbarkeit mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, daß diese nach Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleich zu achten ist. Vergl. Entsch. des Reichs-Gerichts in Zivilsachen, Bd. 57 S. 118 und Bd. 65 S. 34.

[2]) Falsch ist die Behauptung von Biermann a. a. O. S. 83, daß in den Motiven zu § 314 betont wurde, unter Unvermögen des Schuldners zur Leistung sei die subjektive Unmöglichkeit zu verstehen. Die Motive sprechen nur von subjektivem Unvermögen, um dadurch anzudeuten, daß der Grund des Nichtleistenkönnes in der Person zu suchen sei. Falsch ebenso Reincke a. a. O. S. 34.

[3]) Vergl. Hartmann a. a. O. II. Abschnitt S. 166 ff.

auch die Begriffe der Unmöglichkeit aus dem gemeinen Recht übernommen sind.

Freilich der gemeinrechtliche Begriff der objektiven Unmöglichkeit ist unverändert in das BGB. aufgenommen; und wenn auch seit Entwurf des BGB. heftiger Streit darüber entstanden ist, ob die von Titze[1]) unter Bezugnahme auf Mommsen[2]) und Savigny[3]) aufgebrachte Zweiteilung der Unmöglichkeit in logische und juristische Unmöglichkeit richtig ist oder nicht,[4]) so bezieht sich dieser Streit doch weniger auf die praktische Umgrenzung des Begriffes als auf die logische Erfassung und Rechtfertigung dieser Umgrenzung, uud berührt die Entwickelung des Unmöglichkeitsbegriffes gemäß der objektiven Unmöglichkeit des gemeinen Rechts in keiner Weise.

Anders freilich ist es mit dem Begriff des Unvermögens. Wenngleich H. A. Fischer im Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 9 behauptet:[5])

> „Die subjektive Unmöglichkeit wird mit Unvermögen bezeichnet. Leider ist die Abweichung lediglich terminologischer Art."

so ist diese Behauptung doch ohne Begründung geblieben, und es soll in dem nachfolgenden versucht werden, sie zu widerlegen.

Die Richtigkeit einer jeden Auslegung von Begriffen, die nicht durch Legalinterpretation festgelegt sind, rechtfertigt sich durch ihre Brauchbarkeit in der Praxis. Führt die Anwendung von solchen doktrinell interpretierten Begriffen zu widersinnigen Resultaten, so muß daraus mit Notwendigkeit gefolgert werden, daß die Interpretation

---

[1]) A. a. O. S. 2.

[2]) A. a. O. S. 3.

[3]) A. a. O. S. 383.

[4]) Vergl. besonders Kleineidam: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. § 1.

[5]) Vergl. auch Ubbelohde a. a. O. S. 70 ff., H. A. Fischer in Iherings Jahrbücher Bd. 37 S. 255 ff., Titze a. a. O. S. 70 ff.

falsch war; es ist dann wiederum Aufgabe der Wissenschaft, neue Resultate zu erzeugen, die den Anforderungen der Praxis mehr gerecht werden.

Legen wir diesen Prüfstein an die vom gemeinen Recht angeblich dem BGB. überkommene Theorie der subjektiven Unmöglichkeit.

Zunächst soll gleich bemerkt werden, daß sich in der Literatur schon über die logische Berechtigung der Zweiteilung in Unmöglichkeit und Unvermögen heftiger Streit erhoben hat. Ein Teil der Schriftsteller sind für,[1]) ein Teil gegen[2]) ihre Berechtigung.

So führt Titze a. a. O. S. 70 ff. aus:

> „Da die Obligation ein Rechtsband nur um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingt, ersterer also die Leistung nur von letzterem, nicht auch von der dritten Person zu verlangen berechtigt ist, so kann es für die Frage: „welchen Einfluß hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht?" unmöglich von Wichtigkeit sein, ob neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig sind."

Ähnlich Biermann a. a. O. S. 75; dieser schreibt:

> „Eine Leistung ist möglich, wenn sie vermocht wird, unmöglich, wenn sie nicht vermocht wird; und zwar ist derjenige, dessen Vermögen allein in Betracht kommt, der Schuldner. Denn nur dieser ist durch das Schuldverhältnis dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Leistung vorzunehmen. Er ist es, welcher leistet. Nur sein Vermögen oder Nichtvermögen hinsichtlich der Leistung kann auf das Schuldverhältnis von Einfluß sein. Demnach sind Leistungen unmöglich, wenn sie der Schuldner nicht vorzunehmen vermag."

---

[1]) Zum Beispiel Kleineidam in Unmöglichkeit und Unvermögen S. 4 ff., Kisch a. a. O. S. 10.

[2]) Für diese Ansicht Titze a. a. O. S. 70 ff., Biermann S. 75.

Dagegen argumentiert Kleineidam so:[1])

„Nach der Bestimmung der bisherigen Rechte sowohl wie des BGB. wirkt die Vornahme der geschuldeten Leistung durch jeden beliebigen Dritten als durchaus obligationsmäßige Erfüllung, selbst wenn sie wider Willen des Schuldners geschieht oder ohne sein Wissen. Eine Ausnahme bilden nur die Leistungen, welche in ihrer Indentität und Obligationsmäßigkeit von der Person des Erfüllenden abhangen. Im Allgemeinen ist also die Person des Erfüllenden für die Vornahme der Leistung belanglos, und deshalb auch ein Mangel am Konnen, der nur in der Person des zunachst für die Bewirkung der Leistung in Betracht kommenden, des Schuldners, liegt, für die Frage der Bewirkbarkeit der Leistung ohne Bedeutung ..... Die Obligationsmäßigkeit der Leistung und ihre Indentität wird dadurch, daß die Leistung durch einen Drittten geschieht, nicht berührt, die Person des Erfüllenden ist eben in der Regel kein Moment des Leistungsinhaltes. Es fehlt deshalb im Falle bloßen schuldnerischen Unvermogens die Notwendigkeit des Nichtgeschehens der Leistung und mit ihr jener zersetzende logische Widersinn in dem Leistungsinhalte, welcher bei der Unmöglichkeit das die Leistungspflicht zerstorende Moment bildet."

Pruft man vorstehende Ansichten genau auf ihre Richtigkeit, so muß man m. E. zu der Entscheidung kommen, daß Titze und Biermann, wie auch Kleineidam richtig nachweist, zu starken Wert auf das zwischen Glaubiger und Schuldner bestehende Rechtsband legen. Ein juris vinculum, wie es im alten römischen Recht die Vertragsgegner verband, gab es im gemeinen Recht[2]) nicht, gibt es auch

[1]) Unmöglichkeit und Unvermögen S. 4 ff., vergl. auch Kleineidam in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 123.

[2]) Vergleiche l. l. 23. 40. 55. D. 46. 3: Solvere pro ignorante et invito cuique licet, quum sit iure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere. Vergl. auch BGB. § 267.

nach dem Rechte des BGB. nicht. Zwar ist auch heute der Gläubiger nicht ohne weiteres berechtigt, auch von einer dritten Person die Leistung zu fordern, wohl aber wirkt eine Erfüllung durch einen Dritten auch als Erfüllung für den Schuldner.

Dagegen geht m. E. auch Kleineidam zu weit, wenn er behauptet, die Person des Schuldners sei für die Obligation ganz ohne Bedeutung. Denn abgesehen von den auch von ihm als Ausnahme angeführten Fällen, wo die Leistung nur von der Person des Schuldners erbracht werden kann, zum Beispiel beim Dienstvertrag, Verwahrungsvertrag, Auftrag und anderen, hat die Person des Schuldners doch auch bei jedem anderen Vertrage eine gewisse, wenn auch nicht so unmittelbare Bedeutung.

Dies geht m. E. schon daraus hervor, daß gemäß § 267 Abs. 2 BGB. der Gläubiger die Leistung des Dritten ablehnen kann, wenn der Schuldner widerspricht.

Freilich, der Gläubiger muß nicht ablehnen, so weit geht die Bedeutung der Person des Schuldners nicht, aber er kann ablehnen, ohne dadurch in Annahmeverzug zu kommen.

Unbedingt ist demnach die Leistung des Dritten keine Erfüllung, sondern nur, wenn der Schuldner gegen die Leistung des Dritten nichts einwendet.

Wendet der Schuldner aber gegen die Leistung des Dritten etwas ein, und nimmt der Gläubiger dieselbe trotzdem an, so wird freilich der Anspruch des Gläubigers dadurch befriedigt, die Leistung wirkt aber eigentlich nicht als Erfüllung, sondern gleichsam als Leistung an Erfüllungs Statt.

Jedenfalls scheint es mir auch gemäß der Ausführung Kleineidams so nicht einleuchtend, daß eine Trennung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen und ihren beiderseitigen Folgen gemacht werden mußte, wenigstens solange nicht einleuchtend, als man den Begriff des Unvermögens dem der Unmöglichkeit so unmittelbar verwandt

auslegt, nämlich als eine Unmöglichkeit, die nur in der Person des Schuldners liegt.[1])

Und führt denn diese Auslegung des Begriffes Unvermögen wirklich zu billigen Resultaten?

Im BGB. § 306 ist bestimmt:

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

und die herrschende Meinung[2]), die auch allgemein in der Praxis ausgeübt wird, sagt: Liegt bei Abschluß des Vertrages nur Unvermögen vor, so soll der Schuldner trotz seines Unvermögens verpflichtet zur Erfüllung des Vertrages bleiben.

Denke man nun folgende Beispiele:

1. Ein Kaufmann verkauft ein ihm gehöriges Gemälde; als er nach Hause kommt, um das Gemälde seinem Käufer zu übergeben, hört er, daß dasselbe zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits in einer in seinem Hause ausgebrochenen Feuersbrunst verbrannt war.
2. Derselbe Fall, als der Kaufmann nach Hause kommt, hört er, daß das Gemälde zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits von seinem Prokuristen verkauft und übereignet sei, und daß der Käufer das Bild um keinen Preis wiederverkaufen wolle.

In beiden Fällen ist die Leistung des Gemäldes wenn auch nicht tatsächlich, so doch praktisch unmöglich geworden; im ersten Falle, weil der Gegenstand der Leistung untergegangen ist, im zweiten Falle, weil der Käufer des Gemäldes, der schon Eigentum an demselben erworben hat, dasselbe nicht wiederverkaufen will. Und der Erfolg ist

---

[1]) Vergl. Ubbelode a. a. O. S. 119: Unter Unvermögen des Schuldners läßt sich füglich nichts Anderes verstehen, als solche Hindernisse der Erfüllung, welche freilich nicht allen übrigen Menschen, wohl aber der gegebenen Person des Schuldners die Leistung unmöglich machen, m. a. W. für ihn die Notwendigkeit der Nichtleistung begründen.

[2]) Auf die Richtigkeit dieser Ansicht wird in § 4 eingegangen werden.

vollkommen verschieden. In beiden Fällen ist ohne sein Verschulden der Kaufmann nicht zur Erfüllung seiner Verpflichtung imstande, aber während er im ersten Falle von seiner Verpflichtung befreit wird, haftet er im zweiten Falle für seine Verpflichtung weiter: das heißt, der erste Käufer ist weiter berechtigt, die Übereignung des Gemäldes vom Verkäufer zu verlangen. Denn zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehendes Unvermögen des Schuldners zu leisten, löst den Vertrag nicht auf, anfängliche Unmöglichkeit dagegen vernichtet den Vertrag.

Ist dies nun billig?

In beiden Fällen hat der Kaufmann sich verpflichtet, die Leistung zu erbringen; in beiden Fällen ist ihm die Leistung praktisch nicht möglich. Einmal weil der zu leistende Gegenstand zur Zeit der Verpflichtung gar nicht mehr bestand, das andere Mal, weil der Gegenstand bereits einem anderen übereignet war, und der Erwerber denselben nicht herausgeben wollte.

Man muß doch entscheiden, daß beide Fälle fast ganz gleich liegen, und doch sind sie in der Entscheidung so himmelweit verschieden. Kann das Gesetz diesen Widersinn ganz übersehen haben, oder kann es einen derartig unbilligen Erfolg haben herbeiführen wollen? Ich denke doch: nein. Worin liegt dann aber der Fehler. Das Gesetz hat die Unterscheidung gemacht; wenn wir nun zu der Ansicht gelangen, daß es falsch und unbillig ist, zweien so ganz nah verwandten Begriffen, wie Unmöglichkeit und Unvermögen nach der Ansicht der meisten juristischen Schriftsteller sind, ganz grundverschiedene Wirkungen beizulegen, muß man da nicht notwendig zu der Entscheidung gelangen, die Bedeutung, die den Begriffen bisher beigelegt ist, ist falsch und bedarf der Umarbeitung.

Wie kann man jedoch zu einem solchen Erfolg gelangen?

M. E. nur dadurch, daß man den Begriff Unvermögen derartig ausdeutet, daß er sich so weit von dem Begriffe

Unmöglichkeit unterscheidet, daß auch die von den beiden Begriffen auf das Bestehen einer Vertragsverpflichtung ausgeübte verschiedene Wirkung höchst billig und wohl am Platze erscheint.

In der bisherigen Literatur des modernen Rechts ist der Begriff des Unvermögens durchweg bezeichnet als die in der Person des Schuldners liegende Unmöglichkeit, die Leistung zu erbringen.[1])

Um den Begriff des Unvermögens festzustellen, müßte man beachten seine Abgrenzung

1. gegenüber dem Leistenkönnen des Schuldners,
2. gegenüber der Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung.

Wenn nun zwar auch die Abgrenzung des Begriffes Unvermögen gegenüber dem Begriff Unmöglichkeit von vielen Autoren[2]) eingehend behandelt ist, so ist in allen diesen Schriften doch so gut wie gar nicht auf die Frage eingegangen, wann ist die Leistung nicht mehr möglich, wo beginnt das Unvermögen.

Und diese Abgrenzung scheint mir gerade der Punkt zu sein, der dazu dient, dem Begriffe Unvermögen einen wirksamen neuen Inhalt zu geben und es möglich macht, ihn so auszulegen, wie er in Theorie und Praxis als höchst billig zu wünschen ist.

Wenn bisher vom Unvermögen des Schuldners die Rede war, so beantwortete man die Frage, wann eigentlich Unvermögen vorliegt, kurzweg: wenn die Leistung für den Schuldner zwar unmöglich ist, von dritten Personen jedoch erbracht werden kann; und man geriet nur in Streit über den Punkt, der allerdings auch heute noch nicht ganz bestimmt entschieden ist, wo liegen die Grenzen zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen.

Doch davon später.

---

[1]) Vergl. Biermann a. a. O. S. 90, Mathies a. a. O. S. 4, Titze a. a. O. S. 59, Reinke a. a. O. S. 32, Jagielski a. a. O. S. 2 ff.

[2]) Vor allen Kleineidam in Unmöglichkeit und Unvermögen S. 10 ff.

Zunächst handelt es sich darum, festzustellen, wann der Schuldner nicht mehr leistungsfähig ist, wann das Unvermögen zu Leisten beginnt. Vielfach ist vorgeschlagen worden, dem jedesmaligen Richter zu überlassen, auf Grund der Billigkeit zu entscheiden: hier mußte der Schuldner leisten, dort ist er unvermögend zur Leistung.

Doch diesem Prinzipe, die Streitfrage offen zu lassen und dem Gerechtigkeitsgefühl der einzelnen Richter die Entscheidung in allen Fällen anzuvertrauen, dem steht entgegen, daß es sicher nicht zur Förderung der Sicherheit im Rechtsverkehr beitragen würde, wenn eine so wichtige Frage dem jeweiligen Ermessen der Richter überlassen würde; zumal es doch auch im Interesse der Privatpersonen liegt, beim Eingehen eines Rechtsstreites darüber klar sein zu können, ob beim Prozeßgegner Unvermögen die geschuldete Leistung zu erbringen vorliegt oder nicht.

Diese Sicherheit kann jedoch nie erzeugt werden, wenn erst der Richter im Prozeß feststellt, ob ein Schuldner zur Leistung unvermögend ist oder nicht, den einzelnen Privatpersonen aber die Entscheidung zu überlassen, würde ja zu keinem Resultat führen, da z. B. der Kläger über das Leistenkönnen des Beklagten in den meisten Fällen ganz andere Ansicht haben wird als dieser.

Ganz richtig schreibt Fischer[1]):

> „Wir können eben die verpönten Schablonen und festfixierten Begriffe nicht entbehren, sie sind eine Wohltat für den großen Verkehr, den sie vor dem Versinken der Rechtspflege in bodenlose Billigkeit bewahren."

Es muß daher der Begriff des Unvermögens zur Leistung festfixiert werden; aber wie?

Um diese Frage zu lösen, muß man zunächst von der Bestimmung des Begriffes der Leistung ausgehen.

---

[1]) H. A. Fischer: Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung a a. O. S. 232.

Das BGB. gibt diese Bestimmung selbst nur zum Teil. Gemäß § 241 BGB. ist der Gläubiger auf Grund des Schuldverhältnisses verpflichtet, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, diese Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Daraus, daß durch Gesetz festgelegt wird, die Leistung könne auch im Unterlassen bestehen, ist zugleich zu entnehmen: die Leistung kann bestehen im Tun oder im Unterlassen. Während nun einerseits das Unterlassen das Dulden in sich schließt — denn Dulden einer Einwirkung eines anderen auf die eigene Sache ist Unterlassen der Geltendmachung eigenen Rechts vielleicht aus Eigentum oder Besitz — umfaßt das Tun zugleich das Geben, Liefern, Arbeiten, Haben, kurzum das „dare" und „facere" des römischen Rechts.

Diese Auseinandersetzung war notwendig, um festzulegen, daß nicht nur ein Tun, eine Lieferung, Arbeit oder dergleichen dem Verpflichteten unmöglich werden kann, sondern auch ein Unterlassen.

Jedoch kann m. E. eine Verpflichtung etwas zu unterlassen nur unmöglich werden; ein Unvermögen des Schuldners ist logisch nicht denkbar. Nehme man den Fall: A. verpflichtet sich B. gegenüber, keine von dessen entlassenen Arbeitern in seiner Fabrik einzustellen; inzwischen, vor oder nach Abschluß des Vertrages, hat der bevollmächtigte Geschäftsführer des A. die entlassenen Arbeiter des B. für den Betrieb des A. angenommen.

Eine Verpflichtung etwas zu unterlassen kann immer nur die Person des sich Verpflichtenden betreffen, da er für das Zuwiderhandeln eines Dritten unmöglich aufkommen kann, weil der selbständige Wille des Dritten von der Vertragsabmachung des Verpflichteten nicht abhängig ist. Hat der Geschäftsführer des A. die Arbeiter des B. entgegen der Abmachung zwischen A. und B. eingestellt, so ist diese Handlung für den A. verbindlich. Das einmalige Tun, das so angesehen werden muß, als ob A selbst der

Handelnde wäre, ist nicht rückgängig zu machen. Das Unterlassen, zu dem sich A. verpflichtet hatte, ist unmöglich geworden.[1])

Weit wichtiger und zugleich schwieriger zu erklären ist der Begriff des Unvermögens.

Wie bereits erwähnt, ist m. E. der römische Begriff der difficultas dandi, qui efficere non possit, cum alio possibile sit", so auszulegen, daß es heißt: wer aus eigener Kraft ohne Inanspruchnahme fremden Willens selbst nicht zu leisten vermag, während ein Dritter hierzu imstande ist.

Auf diese Quellenstelle, l. 137 § 4 D. de V. O 45. 1., bin ich gewillt, die Bedeutung des bürgerlich-rechtlichen Unvermögens zurückzuführen, nur daß ich mit Rücksicht auf die praktische Brauchbarkeit des Begriffes und seine logische Existenzberechtigung zu einem anderen Resultat gelange als die gemeinrechtlichen Schriftsteller, die ebenfalls die Auslegung der subjektiven Unmöglichkeit hierauf zu stützen vorgeben.

Wer eine Leistung verspricht, übernimmt damit zugleich die Überwindung gewisser Schwierigkeiten; denn keine Leistung kann erbracht werden, ohne daß der Verpflichtete eine Arbeit leistet, geistig oder körperlich, sei dieselbe auch noch so geringfügig. Dem menschlichen Können sind jedoch Grenzen gesetzt, man kann nur über eigene Kraft mit einigermaßen Bestimmtheit verfügen. Sobald die Willensbetätigung einer anderen Person erforderlich wird, ist der Kraft des Verpflichteten ein Ziel gesetzt, wenngleich er vielleicht die andere Person noch zu bestimmen vermag, durch ihre Willenserklärung den Mangel im eigenen Können zu decken, so liegt diese Möglichkeit doch weit außerhalb der Bestimmtheit, außerhalb der Grenzen derjenigen Leistungen, die man, weil in eigener Person liegend, mit leidlicher Sicherheit erbringen kann.

Wenn also jemand eine Leistung verspricht, zu deren Erbringung er des Beistandes dritter selbständig handelnder

[1]) Vergl. Kisch a. a. O. S. 512.

Personen notwendig bedarf, so verspricht er damit eine Leistung, zu deren Erbringung er aus eigener Kraft nicht vermögend ist. Ebenso, verspricht jemand eine für ihn mögliche Leistung, nachträglich wird aber diese Leistung seiner Machtsphäre entzogen und ist nur durch Beihülfe dritter Personen zu erbringen, so ist er dann unvermögend geworden, die Leistung zu erbringen.

Denke man folgende Beispiele:

1. A. verspricht dem B. die Lieferung eines Bildes, das sich im Eigentum des C. befindet.
2. A. verpflichtet sich, auf seinem Grundstücke für B. eine Wegegerechtigkeit eintragen zu lassen, hat jedoch bei der Verpflichtung die Genehmigung des Miteigentümers C. nicht eingeholt.
3. Der Kunsthändler M. hat dem N. ein bestimmtes Gemälde Menzels zu liefern versprochen,[1]) das er zurzeit nicht besitzt, doch ist ihm dasselbe zum Kauf angeboten; nunmehr verarmt M. durch den unvermuteten Bankerott seines Bankiers und kann daher seinerseits das Bild nicht mehr kaufen.
4. A. verpflichtet sich zur Leistung eines in seinem Besitze befindlichen Kunstgegenstandes; vor Übergabe wird derselbe ohne Verschulden des A. gestohlen.
5. Der Arbeiter X. verpflichtet sich zur Vornahme einer Gartenarbeit, er kann dieselbe nicht ausführen, weil er sich eine Verletzung am Fuße zugezogen hat.

In allen diesen Fällen ist die Erbringung der geschuldeten Leistung logisch möglich, auch liegt wenigstens in den Fällen 1—4 keine subjektive Unmöglichkeit vor[2]); wohl aber ist in allen Fällen der Schuldner m. E. unvermögend, die Leistung zu erbringen, entweder von Anfang an oder später.

[1]) Vergl. Cosack a. a. O. S. 335.

[2]) Gemeint ist die „subjektive Unmöglichkeit" des Gemeinen Rechts.

Wenn sich jemand verpflichtet, eine Sache zu Eigentum zu verschaffen, die er selbst nicht im Eigentum hat, so hat er damit ein Leistungsversprechen abgegeben, dessen Erfüllung er durch seine eigene Willensbetätigung allein nicht erbringen kann, da sich der Gegenstand der geschuldeten Leistung nicht in seiner Gewaltsphäre befindet. Man kann da freilich bei Besprechung des Cosackschen Falles und der Planckschen[1]) abweichenden Auslegung einwenden, geschuldet sei ja eben die Verschaffung des im fremden Eigentum befindlichen Bildes; aber ich meine, daß damit doch nicht der Beweis für die Möglichkeit der geschuldeten Leistung erbracht ist. Wenn jemand verspricht, eine im fremden Eigentum befindliche Sache einem Dritten zu verschaffen, so verspricht er damit doch eine Leistung, deren Erbringung eine Willensbetätigung einer dritten Person erfordert, die nicht zu seiner, des Schuldners, unmittelbaren Verfügung steht, die jedenfalls höchst zweifelhaft ist. Hier könnte man mit Fischer einwerfen, wenn N. mit dem M. vereinbart habe, M. solle ihm das im Eigentum eines Dritten befindliche Gemälde verschaffen, so habe N. doch gewußt, daß M. bei der Leistung von dem Willen des Eigentümers abhängig war, insoweit, als er das Bild nur mit dessen Zustimmung erlangen und folglich auch dem N. leisten konnte. Er könnte demnach den M. auch nicht verantwortlich machen, wenn dieser nun infolge irgend welcher ungünstigen Umstände die Leistung nicht erbringen kann, welche zu erbringen, wie N. wußte, schon zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht allein in der Hand des M. lag. Dem wäre zu entgegnen, daß freilich möglicherweise auch den N. ein Verschulden treffen kann, daß aber in erster Linie den sich Verpflichtenden die Schuld trifft, der etwas zu leisten verspricht, für

[1]) Planck zu § 275 Anm. 3, anders freilich Fischer: ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 32, anders auch Biermann a. a. O. S. 90: solange der Schuldner sein Unvermögen zu beseitigen vermag, solange vermag er auch die Leistung vorzunehmen.

dessen Erbringung seine eigenen Willensbetätigungen nicht ausreichen. Ein konkurrierendes Verschulden des Gläubigers ist nur Tatfrage, und man kann sich sehr wohl Beispiele denken, bei denen auch in solchen Fällen den Gläubiger kein Verschulden trifft.

Nehme man den Cosackschen Fall so abgeändert: N. will als Zimmerschmuck ein kostbares Gemälde kaufen. M. tritt an ihn heran und erbietet sich zur Leistung des Gewünschten, indem er zugleich eine von Z. dem M. zugegangene Offerte über den Verkauf eines Kunstgemäldes vorzeigt. Der Kaufvertrag zwischen M. und N. wird abgeschlossen, wobei N. in der festen Überzeugung ist, M. brauche die Offerte nur bejahend zu beantworten, um selbst Eigentümer des Gemäldes zu werden. Als M. zum Abschluß des Kaufvertrages mit Z. zu diesem kommt, wird dieser durch die unfairen Kaufangebote, welche ihm M. betreffend des Gemäldes nunmehr seinerseits macht, bewogen, sein Eigentum überhaupt nicht mehr verkaufen zu wollen.

Soll da nun, wie man nach Cosack annehmen muß, der M. von der Verpflichtung zur Leistung wegen nachträglichen Unvermögens befreit werden; und der Gläubiger N., welcher vielleicht schon in Erwartung des wertvollen Gemäldes kostspielige bauliche Veränderungen in seinem Hause getroffen hat, soll nichts bekommen; soll weder das gekaufte Gemälde erhalten, noch die infolgedessen nutzlosen Ausgaben für den Bau vergütet bekommen. Das dürfte doch jedenfalls unbillig sein.

Weiter: B. hat, bewogen durch die ihm von A. versprochene Wegegerechtigkeit und die dadurch für ihn sich ergebende günstige Verkehrsbedingung nach der großen Stadt, auf seinem Grundstücke eine Molkerei zu bauen begonnen. Als er nun die Eintragung der Gerechtigkeit ins Grundbuch betreiben will, verweigert der Miteigentümer des A. seine Einwilligung, und der schon begonnene Bau wird zwecklos, da B. bei den bisherigen schlechten und

weiten Verkehrsstraßen einen schlechten Absatz seiner Molkereiprodukte voraussehen kann.[1]) Nimmt man an, A. wäre bei Abschluß der vertraglichen Verpflichtung betreffend die Wegegerechtigkeit vermögend gewesen, die versprochene Leistung zu erbringen, so muß man ihn nachher wegen nachfolgenden Unvermögens — der Miteigentümer läßt sich zur Genehmigung auf keine Weise bewegen — von dem Einstehen für sein Versprechen befreien.

Zu weit gerechteren Ergebnissen würde man dagegen gelangen, wenn man in allen diesen Fällen ein Unvermögen des Schuldners annimmt. Es würde dann der Schuldner, der ohne über eine Sache wirklich frei verfügen zu können, dieselbe zu leisten versprochen hat, dem Gläubiger auf jeden Fall zur Leistung verpflichtet bleiben.

In dem Cosackschen Falle würde also M. dem N. verpflichtet bleiben zur Leistung des Bildes auch nachdem er durch Bankerott seines Bankiers in Vermögensverfall geraten ist. Er, N., würde auf Leistung klagen und nach Rechtskraft des Urteils gemäß § 283 BGB. dem M. eine angemessene Frist setzen können mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde.

Muß M. nun wegen unverschuldeten Bankerotts seines Bankier gleichfalls die Zahlung einstellen, so hat N. doch immerhin eine Konkursforderung gegen N., und wenn er aus der Konkursmasse auch nicht vollen Ersatz erlangen kann für seinen Schaden, so wird ihm auf diese Weise doch wenigstens eine kleine Vergütung für seinen Schaden, zuteil.

Nimmt man in dem anderen Falle ebenso schon Unvermögen des A. beim Abschlusse des Vertrages an,

[1]) Bei Erwägung dieses Beispieles muß man freilich, um den Schaden des B. festzustellen, ein eventuelles Verschulden des B. — er hätte vor Beginn des Baues das Grundbuch einsehen müssen — in Betracht ziehen; doch bleibt trotzdem ein Schade übrig, dem B. erzeugt durch das Leistungsversprechen des zu dieser Leistung aus eigenem Willen unvermögenden A.

so kann man dem B. wiederum einen Schadensersatzanspruch gemäß § 283 BGB. zubilligen, während er andernfalls ganz leer ausgeht. Und wenn man auch ein Verschulden des B. vielleicht darin sehen kann, daß er, ohne Einblick ins Grundbuch zu nehmen, den Bau begonnen hat, so ist dem auch zu entgegnen, daß A. vielleicht immer, selbst in Gegenwart des Miteigentümers, als alleiniger Eigentümer des Grundstückes aufgetreten ist, so daß ein Zweifel an dem Eigentumsrecht des A. dem B. gar nicht erwachsen konnte.

Aber wie dem auch sei. Der eigentliche Schade ist immer dadurch herbeigeführt, daß A. eine Leistung versprach, die er nicht aus alleiniger Willensbetätigung erbringen konnte, ob den B. ein konkurrierendes Verschulden trifft, kommt nur bei der Bemessung des Ersatzes in Betracht. Es ist daher auch billig, daß A. für den Schaden aufzukommen hat, der dadurch entstanden ist, daß er etwas zu leisten versprach, was zur Zeit der Versprechensabgabe sich gar nicht in seiner Gewaltsphäre befand. Er würde also im letzteren Falle dem B. den Schaden ersetzen müssen, der diesem durch den Beginn des Baues der Molkerei erwachsen ist, wenn er es nicht eben vorzieht, seinen Miteigentümer doch noch zur Abgabe der Genehmigung zu bewegen.

Nimmt man, wie es in meiner Absicht liegt, in allen den letzten Fällen anfängliches Unvermögen an, so kommt man, wie die Durchführung obiger Fälle ergeben hat, zu weit günstigeren Resultaten, als wenn man in den Vertragsverpflichtungen die Abmachungen zunächst als absolut möglich ansieht. Diese Resultate sind m. E. auch durchaus den Ansichten über Recht und Billigkeit gemäß, denn wenn in ihnen dem Schuldner schließlich auferlegt wird, den Schaden zu tragen, so heißt das doch nur, daß er für das einstehen soll, was er versprochen hat. Das zu verlangen aber dürfte nie unbillig sein.

Wenn ich daher auf Grund vorstehender Erläuterungen über die angeführten Beispiele eine Definition des Begriffes

Unvermögen unter besonderer Berücksichtigung seiner praktischen Verwertbarkeit geben soll, so möchte ich diese Definition folgendermaßen in Worte fassen:

„Unvermögen ist das ohne Hinzuziehung einer fremden selbständigen Willensbetätigung Nicht-Erbringen-Können einer geschuldeten Leistung."

Da jedoch eine derartige kurze Definition immer leicht zu Unverständlichkeiten führt, möchte ich lieber sagen: Unvermögen des Schuldners eine Leistung zu erbringen, liegt dann vor, wenn der Schuldner die von ihm versprochene Leistung infolge zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandener oder später eintretender Leistungsschwierigkeiten nicht ohne Zustimmung oder helfende Willensbetätigung dritter selbständiger Personen erbringen kann.[1]) Dabei soll allerdings gleich bemerkt werden, daß m. E. Unvermögen auch nicht schon dann vorliegt, wenn der Verpflichtete die Leistung nur durch seine Dienstboten oder andere zur Vornahme der Leistung ihm vertraglich verpflichtete Personen vornehmen will oder kann, sondern erst dann, wenn die Willensbetätigung einer gewaltfreien, dem Schuldner nicht zur Vornahme der Leistung verpflichteten, selbständigen Person die Leistung zu erbringen erforderlich ist. Von dritten Personen, die zur Vornahme der Leistung dem Schuldner verpflichtet sind, erbrachte Leistungen gelten als Leistungen unmittelbar erzeugt durch Willensbetätigungen des Schuldners.

Wendet man diese Auslegung des Begriffes Unvermögen in der Praxis an, so wird man, wenn das Unvermögen ein ursprüngliches ist, stets eine Bindung des Schuldners herbeiführen, die einerseits dem Gläubiger die nötige Sicherheit gewährt, daß er die versprochene Leistung erhalten wird, andererseits den Schuldner auch nicht unbillig

[1]) Vergl. Staudinger zu § 275 Anm. 4: Vom Unvermögen des Schuldners kann dann nicht gesprochen werden, wenn dasselbe durch solche Ereignisse gehoben werden kann, welche ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig sind.

belastet, da es ihm nur auferlegt, dafür einzustehen, daß die von ihm versprochene Leistung von ihm richtig erbracht werde. Die Ausführung hierüber gehört jedoch in den dritten Teil dieser Arbeit und soll daher nicht vorausgenommen werden.

Ist das Unvermögen jedoch erst nach Begründung des Schuldverhältnisses entstanden, so könnte freilich der vorhin von mir angeführten Theorie über das Unvermögen entgegengehalten werden: Gemäß § 275 Abs. 2 BGB. ist das nachfolgende Unvermögen der Unmöglichkeit gleich gestellt, und befreit, wenn es unverschuldet ist ebenso wie die unverschuldete Unmöglichkeit, den Schuldner, seine Leistung zu erbringen.

Wenn nun Unvermögen schon dann eintritt, wenn die Erbringung der Leistung nicht mehr ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig ist, wenn also der Gegenstand der geschuldeten Leistung zum Beispiel dem Schuldner gestohlen ist, dieser weiß aber, wer der Dieb ist; soll dann schon die befreiende Wirkung des Unvermögens eintreten? Würde das nicht eine unbillige Erleichterung der Pflichten des Schuldners sein?

Ich entgegne: nein, es würde dies keine unbillige Erleichterung der schuldnerischen Pflichten ergeben; denn die unbillig erscheinenden Einwirkungen des Unvermögens auf den zu Grunde liegenden Vertrag werden aufgehoben durch die Anwendung des § 281 BGB. Dieselbe erzeugt fofgendes Ergebnis: Durch das Eintreten des nachträglichen Unvermögens wird das in Frage kommende Schuldverhältnis aufgelöst. Es wird dafür aber zum Ausgleich dem Gläubiger freigestellt[1]), an Stelle der auf Grund des ursprüng-

[1]) Es könnte hier die Frage aufgeworfen werden, ob die Bestimmungen des § 281 BGB. nicht einen Widersinn enthält. Wenn nach § 275 BGB. durch Eintreten des Unvermögens der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, auf Grund welcher Verpflichtungserklärung kann da der Gläubiger das verlangen, was der Schuldner als Ersatz für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand

lichen Vertragsverhältnisses geschuldeten Leistung das zu verlangen, was der Schuldner als Ersatz für den geschuldeten Gegenstand erlangt hat. Dies könnte sein: ein Entgelt, eine Schadensersatzforderung oder auch zum Beispiel ein Herausgabeanspruch.

Durch die Anwendung dieses § 281 BGB. wird ein völlig gerechter und billiger Erfolg herbeigeführt. Denn einerseits werden dem Schuldner nicht Verpflichtungen auferlegt, die er beim Abschluße des Vertrages nicht vor-

bekommen hat? M. E. ist die Bestimmung des § 281 BGB. so zu erklären: Durch das Eintreten des unverschuldeten Unvermögens des Schuldners wird die Verpflichtung desselben, den ursprünglich geschuldeten Gegenstand zu leisten, getilgt. Der Gläubiger hat jedoch das Recht, anstatt der ursprünglich geschuldeten Leistung das zu verlangen, was der Schuldner als Ersatz dafür erhalten hat. Dies Recht gründet sich auf das zu Grunde liegende Schuldverhältnis, doch ist dasselbe erst geltend zu machen, wenn der Schuldner die primär geschuldete Leistung zu erbringen unvermögend, oder die Leistung unmöglich geworden ist Jedoch darf man, wie mit Oertmann (2 Aufl. S. 103) anzunehmen ist, dies eventuell auf zwei verschiedene Leistungen gerichtete Schuldverhältnis nicht als Wahlschuldverhältnis mit Gläubigerwahlrecht (Peskatore, Wahlschuldverhältnisse S. 156) ansehen, denn die beiden Leistungen stehen nicht gleichwertig neben einander. Während die eine Leistung durch Vertrag direkt geschuldet wird, wird die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des als Ersatz Erlangten gleichsam als in der Schwebe befindlich erst durch Erklärung des Gläubigers ausgelöst.

Andererseits liegt auch keine facultas alternativa (Titze S. 142, vergl. dagegen Kisch S. 529) vor, denn der Schuldner ist zunächst immer zur Leistung des primär geschuldeten Gegenstandes verpflichtet; auch kann er nicht, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die primär geschuldete Leistung betreibt, sich durch Hingabe des als Ersatz Erlangten befreien. Erst die Erklärung des Gläubigers, daß er den Anspruch auf das als Ersatz Erlangte geltend mache, berechtigt und verpflichtet den Schuldner zu dieser Leistung.

Mit Staudinger (5.—6. Aufl. zu 281 Anm. 7) möchte ich vielmehr annehmen, daß der Fall des § 281 einen Fall der sogen. elektiven Konkurrenz darstellt. Ursprünglich kann auch der Gläubiger nur die primär geschuldete Leistung verlangen, erfährt er aber, daß der Schuldner zur Erbringung dieser Leistung unvermögend ist, so kann er je nach Gutdünken die Leistung oder den Ersatz verlangen. Der Schuldner ist jedesmal zu dem verpflichtet, was der Gläubiger fordert.

aussehen konnte, und andererseits wird es dem Gläubiger freigestellt, entweder den Vertrag ganz aufzugeben, oder wenigstens, wenn auch nicht die geschuldete Leistung, so doch eine mit dieser in Zusammenhang stehende, freilich sich nicht immer mit derselben deckenden Leistung zu verlangen, je nachdem es in seinem Interesse steht. Dadurch daß der Schuldner unvermögend wird, die Leistung zu erbringen, kann oft eine solche Verzögerung der Leistung herbeigeführt werden, daß es billig ist, dem Gläubiger das Recht des Rücktritts zu gewähren, zumal die Ersatzleistung in vielen Fällen ein Minus gegenüber der eigentlichen Leistung haben wird und sogar ein „aliud" bedeuten kann.

Ist das Unvermögen aber infolge Verschuldens des Verpflichteten eingetreten, so ergibt sich ein noch billigerer Erfolg.

Gemäß § 276 BGB. hat der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen. Wenn er also, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig sein Unvermögen, die Leistung zu erbringen, herbeigeführt hat, so ist er gemäß § 280 BGB. verpflichtet, den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Art und Weise, wie der Schadensersatz geleistet wird, ist durch § 249 BGB. geregelt, welcher bestimmt: „Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre".

Wenngleich nun bei dem einfachen, auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnis schon ein Unvermögen zu leisten, wie ich es oben ausgeführt habe, den Schuldner befreit, bei der durch Verschulden herbeigeführten Schadensersatzpflicht ist die Haftung eine viel strengere. Nur Unmöglichkeit befreit den Schuldner insoweit, daß er ohne weiteres Entschädigung in Geld leisten kann; liegt nur Unvermögen des Schuldners (Ersatzpflichtigen) vor, so muß dieser die Leistung in der Form erbringen, wie sie zu der

Zeit geschuldet war, bevor der zum Ersatz verpflichtende Umstand eintrat.[1])

Versprach A. dem B. ein Gemälde zu übereignen, das sich in seinem, des A, Besitz und Eigentum befand, das ihm jedoch nach Abschluß des Vertrages infolge seiner schlechten Aufsichtsführung gestohlen wurde, so muß A. die Lieferung des Bildes auf jede Weise zu erbringen versuchen und darf keine Anstrengungen scheuen, um wieder vermögend zu werden, sein Leistungsversprechen einzulösen. Damit freilich das Interesse des Gläubigers hierdurch nicht verletzt wird — die Wiedererlangung des gestohlenen Gemäldes kann längere Zeit in Anspruch nehmen, und der Gläubiger bedarf dasselbe unverzüglich —, ist derselbe gemäß § 250 BGB. schon vor Rechtskraft seines auf Grund seiner Leistungsklage erlangten Urteils berechtigt, dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne und Ersatz in Geld verlange.

Wenngleich an sich diese Ausführungen über den Schadensersatz nicht in den Rahmen dieser Arbeit gehören,

---

[1]) Ebenso Planck zu § 280 Anm. 3, anders freilich Dernburg: II. § 60 Anm. 6, Titze a. a. O. S. 145, Staudinger zu § 280 Anm. 2a., Endemann a. a. O. § 124 Anm. 29, doch erklärt sich diese abweichende Ansicht m. E. hauptsächlich aus der abweichenden Theorie vom Unvermögen, der Lehre, daß Unvermögen gleich der subjektiven Unmöglichkeit des gemeinen Rechts sei. Wenn freilich bei der primären Leistungsverpflichtung der Schuldner die Leistung schon trotz aller Anstrengungen nicht hat erbringen können, so kann auch auf Grund des Schadensersatzanspruches nicht mehr von ihm verlangt werden.

Faßt man dagegen den Begriff des Unvermögens wie oben, so ist m. E. der Gläubiger sehr wohl berechtigt, auf Grund des durch Verschulden des Verpflichteten herbeigeführten Ersatzanspruches größere Anforderungen zu stellen, als auf Grund eines einfachen Vertrages.

Weswegen freilich Staudinger sich diesen anderen Rechtsschriftstellern in diesem Punkte anschließt, ist mir bei seiner abweichenden Lehre vom Unvermögen des Schuldners unerfindlich.

so sollten sie doch trotz ihrer Kürze dazu dienen, die Zweckmäßigkeit und Richtigkeit des Begriffes Unvermögen in der Fassung, wie er oben angeführt ist, nachzuweisen.

Es erübrigt nunmehr festzustellen, wo die Grenzen liegen zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit; wann gemäß der Anschauung der Heutzeit eine Leistung unmöglich geworden ist, wielange das Nichtleistenkönnen nur in der Person des Schuldners liegt, und nur als dessen Unvermögen zu leisten aufzufassen ist.

Daß dieser Unterscheidung eine große Bedeutung beizumessen ist, das ergibt sich schon daraus, daß bei dem anfänglichen Unvermögen oder Unmöglichkeit beiden Begriffen verschiedene Wirkung beigelegt ist in ihrem Einfluß auf das Bestehen der Vertagsverpflichtung, auch daraus, daß bei nachfolgender verschuldeter Unmöglichkeit oder verschuldetem Unvermögen der Ersatzanspruch in ersterem Falle auf Geld, in letzterem Falle wiederum auf die ursprünglich vertragsmäßig versprochene Leistung geht.

Zunächst muß bemerkt werden, daß jede objektive Unmöglichkeit, wenn ihre befreienden Wirkungen eintreten sollen, zugleich mit einem Unvermögen des Schuldners verbunden sein muß. Ist eine Leistung für alle Menschen außer für den Schuldner unmöglich, diesem aber noch möglich, so ist die Leistung nicht unmöglich, weil der Schuldner noch vermögend ist, sie zu erbringen. Erst der Umstand, daß auch der Schuldner unvermögend wird, sie zu erbringen, macht die Leistung zu einer unmöglichen.[1])

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich schon aus der Bedeutung des Wortes „Unmöglichkeit". Unmöglich ist nur, was kein Mensch, also auch der Schuldner nicht, vollbringen kann. Kann eine Handlung auch nur von einem einzigen Menschen ausgeführt werden, ist sie eben nicht unmöglich.

---

[1]) Vergl. Biermann a. a. O. S. 84, Staudinger: Vorbemerkungen zu §§ 275—282, Ziff. II b.

Wenn ich nun auch nicht der vielfach vertretenen Ansicht[1]) beitreten kann, daß Unvermögen ein Teil der Unmöglichkeit ist, wie Staudinger schreibt: Unmöglichkeit = Unvermögen plus X, Unvermögen = Unmöglichkeit minus X; so muß doch immerhin unbedingt anerkannt werden, daß das Unvermögen einen der Unmöglichkeit nahe verwandten Begriff bildet.

Die Grenzen des Begriffes Unvermögen gegenüber dem Leistenkönnen sind, wie oben ausgeführt, soweit gezogen, daß dadurch schon die Lehre, dass der Begriff Unvermögen als ein Teil der Unmöglichkeit, als etwas der Unmöglichkeit gleiches anzusehen sei, mit logischer Notwendigkeit widerlegt werden muß. Dies hindert freilich nicht, daß beide Begriffe sich bisweilen so nahe kommen, daß eine Trennung sehr schwer wird, und daß es oft unbillig erscheinen will, daß bei so fast gleichen Bedingungen doch verschiedene Erfolge eintreten sollen. Nehme man folgende Fälle:

1. A. verpflichtet sich, dem B. ein Gemälde, das sich in seinem, des A. Eigentum und Besitz befindet, zu übereignen. Vor Abschluss des Vertrages ist, ohne daß A. hiervon wissen konnte, das Gemälde gestohlen. Der Dieb ist nicht auffindbar.
2. Der gleiche Fall, nur daß das Gemälde tatsächlich zerstört ist.

Im zweiten Falle liegt zweifellos Unmöglichkeit vor, denn das Bild kann, da es in seiner Substanz zerstört ist, von keinem Menschen geliefert werden, A. kann seine Vertragsverpflichtung also notwendig nicht[2]) erfüllen, und der Vertrag ist daher hinfällig, weil „impossibilium nulla obligatio". Im ersteren Falle dagegen ist die Möglichkeit zu liefern zwar zur Zeit praktisch auch getilgt; denn, wie Biermann[3]) richtig ausführt, soll B. das Eigentum an dem

[1]) Vergl. Staudinger: Vorbemerkungen zu §§ 275—282 Ziff. 2, Jagielski a. a. O. § 2.

[2]) Siehe Hartmann a. a. O. S. 172.

[3]) A. a. O. S. 85 ff.

Gemälde übertragen erhalten. Der Dieb aber und jeder, der von diesem mittelbar oder unmittelbar sein Recht an dem Gemälde herleitet, kann diese Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht erfüllen, da alle, welche ihr Recht von dem Diebe herleiten, selbst nicht Eigentümer werden und daher auch kein Eigentum übertragen können, zumal die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb nicht eintreten, weil gemäß § 935 BGB. an gestohlenen Sachen nicht gutgläubig Eigentum erworben wird. Theoretisch aber bleibt für A. die Möglichkeit, das Gemälde wieder zu erhalten und danach die Vertragsverpflichtung gegenüber B. zu erfüllen, erhalten Denn wenngleich es zurzeit für alle andern unmöglich ist, die Übereignung vorzunehmen, wenigstens solange der Eigentümer nicht den rechtmäßigen Besitz des Gemäldes wiedererlangt hat, ist dieser, der Eigentümer, nur unvermögend, die Leistung zu erbringen; denn es ist immerhin denkbar, daß er das Gemälde dem Dieb wieder abnehmen und somit seine Verpflichtung erfüllen kann. Freilich ist diese Möglichkeit in der Tat so fernliegend, daß dies Unvermögen des Schuldners praktisch in Wahrheit Unmöglichkeit ist. Dennoch aber möchte ich mich Fischer[1]) nicht anschließen, welcher schreibt:

> „Es ist nicht wahr, wie meist behauptet wird, daß der Diebstahl immer nur ein Unvermögen des Bestohlenen herbeiführt. Ist die Sache verschwunden und die Person des Diebes unbekannt, so liegt, was die Besitzverschaffung betrifft, ein generelles Leistungshindernis für den großen Kreis der Rechtsgenossen und nicht nur für die Person des Schuldners vor, und es wäre eine gekünstelte Auffassung, wollte man sagen, der Schuldner zwar kann nicht leisten, wohl aber vermag es der Dieb oder der Hehler."

Durch diese Ausführungen läßt sich jedoch m. E. nicht beweisen, daß die Leistung tatsächlich durch den Diebstahl unmöglich geworden ist, denn immerhin bleibt doch die

[1]) Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, S. 19.

Möglichkeit, daß der Schuldner wieder in Stand gesetzt wird, die Erfüllung zu schaffen, wenngleich diese Möglichkeit auch in weiter Ferne liegen mag.

Wenn ich mich daher auch der Ansicht Biermanns[1]) anschließen muß, daß im Falle die geschuldete Leistung durch Diebstahl abhanden kommt, immer nur ein Unvermögen des Schuldners zu leisten, nicht Unmöglichkeit eintritt, so glaube ich doch, daß, falls nun der Gläubiger die Leistung des gestohlenen Gegenstandes fordert und einklagt, der Richter den Gläubiger mit seiner Klage abweisen muß, wenn der Schuldner ihm den Tatbestand — daß der Gegenstand ihm gestohlen und der Dieb unbekannt sei — klarlegt.

Denn wenngleich es m. E. unbestreitbar ist, daß die Erbringbarkeit der Leistung des gestohlenen Gegenstandes nicht unmöglich ist, wie oben bereits erwähnt, so widerspricht es doch den Begriffen von Recht und Billigkeit, eine Leistung erzwingen zu wollen, deren Erbringung nur mit Mitteln möglich ist, welche den Wert der vertragsmäßig eingegangenen Verpflichtung bei weitem übersteigen, abgesehen davon, daß es auch bei Anwendung der Mittel noch zweifelhaft ist, ob die Leistung erbracht wird. Mit anderen Worten: obgleich zweifellos ein anfängliches Unvermögen des Schuldners vorliegt, da der zu leistende Gegenstand ihm gestohlen ist, der Gläubiger infolgedessen grundsätzlich die Leistung müßte verlangen können, so kann die Leistung trotzdem mit Rücksicht auf die besondere Sachlage — der Dieb ist unbekannt und höchstens mit hohen Aufwendungen aufzufinden — nicht erzwungen werden, weil eine derartige Erzwingung mit den im Verkehr üblichen Ansichten zuwiderlaufen würde.

Die Leistung dessen, was der Schuldner infolge des Unvermögendwerden als Ersatz erlangt hat, in vorliegendem Falle also die Übertragung des Anspruches gegen den Dieb, kann natürlich gefordert werden.

[1]) A. a. O. S. 85, vergl. auch Titze a. a. O. S. 61, Goldmann-Lilienthal I. S. 334, Note 17.

Zu dem wenigstens im Erfolge annähernd gleichen Resultat gelangt Kleineidam[1]), wenn er argumentiert:

> „Es muß aber als Moment der Leistung auch das Maß der in Frage kommenden Leistungspflicht — sei es gemäß erkennbarer Parteivereinbarung, sei es gemäß allgemeiner Verkehrsanschauung — geforderten Kraftanstrengung berücksichtigt werden. Denn ebenso wie Ort und Zeit und alle übrigen Momente der Leistung gehört auch dieses Maß der Kraftanstrengung wesentlich dazu, den Inhalt des Schuldverhältnisses zu bestimmen."

Doch leitet er zu Unrecht aus dieser zur Erfüllung erforderlichen überobligationsmäßigen Kraftanstrengung eine logische Unmöglichkeit, die Erfüllung zu erbringen, her.

Der Umstand, daß die Leistung nur mit überobligationsmäßigen Anstrengungen erbracht werden kann, hat auf die positive Erbringbarkeit der Leistung gar keinen Einfluß; denn ob eine Leistung möglich ist, muß rein vom objektiven Standpunkt aus betrachtet werden.

Ebensowenig hat diese überobligationsmäßige Kraftanstrengung mit dem Unvermögen zu tun.

Der Kornhändler, der versprochen hat, eine auf seinem Speicher lagernde Menge Korn zu einem bestimmten Preise zu liefern, wird dadurch nicht unvermögend, daß infolge eines Krieges der Kornpreis in nicht vorherzusehender Weise wächst; wohl aber wäre zu erwägen, ob unter diesen Bedingungen die Erzwingbarkeit der Kornlieferung zu dem festgesetzten Preise sich mit den Ansichten von Recht und Billigkeit vereinbaren ließe.

Hinfällig ist daher auch die Bemerkung Fischers, welcher mit Bezugnahme auf die oben zitierte Ausführung Kleineidam's schreibt[2]):

---

[1]) Unmöglichkeit und Unvermögen: S. 14 ff; vergl. auch: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre S. 110 ff.

[2]) Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 18.

„Auch hier wird man mit Recht fragen, wozu es denn noch des Unvermögens bedarf, wenn bereits die logische Unmöglichkeit jede überobligationsmäßige Schwierigkeit in sich aufnimmt."

denn auch mit Unvermögen hat die eine überobligationsmäßige Schwierigkeit bietende Leistung im allgemeinen nichts zu tun, wie das Beispiel von dem Kornhändler beweist.

Richtig also muß man m. E. so argumentieren:

Jedes Nichtleistenkönnen des Schuldners, das nicht allein durch solche Ereignisse gehoben werden kann, welche ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig sind, begründet ein Unvermögen des Schuldners. Ist dies Nichtleistenkönnen des Schuldners nur durch solche Ereignisse zu heben, die herbeizuführen dem Schuldner eine Anstrengung kostet, welche nicht nur überobligationsmäßig ist, sondern zugleich eine solche Kraftleistung — sei es körperlicher oder geistiger Art oder in Hinsicht auf sein Vermögen — erfordert, daß die Durchführung ein Resultat ergeben würde, welches in ganz offenbarem Widerspruch gegen die Gesetze von Recht und Billigkeit steht, so bewirkt dies im logischen Sinne als Unvermögen auszulegende Nichtleistenkönnen des Schuldners, daß die an sich durchaus nicht unmögliche Leistung nicht errungen werden kann.

Das Resultat dieser Erörterungen ist mithin, daß die Anforderung einer überobligationsmäßigen Kraftanstrengung zur Erfüllung der Verpflichtung mit der Frage, ob die Leistung unmöglich ist, oder der Schuldner unvermögend sie zu erbringen, in gar keinem Zusammenhange steht. Die Frage nach überobligationsmäßiger Inanspruchnahme des Schuldners geht vielmehr selbständig neben der Frage nach dem Unvermögen oder der Unmöglichkeit her; trotzdem eine unbillige Anforderung an den Schuldner gestellt wird, bleibt er doch voll vermögend, die Leistung zu erbringen. Die Anforderung überobligationsmäßiger Anstrengung bewirkt lediglich, daß die Leistung nicht erzwungen werden kann. Dabei ist es vor allem aber frag-

heit, wenn die Anforderung einer überobligationsmäßigen Anstrengung so sehr gegen die Gesetze von Recht und Billigkeit verstößt, daß die Erzwingung der Leistung nicht bewirkt werden kann.«

Bloßes Unvermögen liegt vor, wenn A. sich dem B. zum Verkaufe eines im Eigentum des C. befindlichen edlen Pferdes verpflichtet hat. Denn der Verkauf des Pferdes durch A. an B. ist nur dadurch bedingt, daß A. sich zunächst das Eigentum an demselben von C. verschafft. Diese Verschaffung ist nicht lediglich von dem Willen des A. abhängig, doch fordert sie an sich keine unbillige Kraftanstrengung von A.

Wenn nun aber C. das Pferd dem A. wohl verkaufen will, aber einen im Gegensatze zu dem Wert des Pferdes sehr großen Preis verlangt, wann wird dann die Anforderung der Erlangung dieser Leistung so unbillig, daß die Erzwingung der Leistung als gemäß § 157 BGB. dem die Verpflichtung erzeugenden Vertrage nicht entsprechend und daher gegen Recht und Billigkeit verstoßend undurchführbar wird?

Dies nach einer allgemeinen feststehenden Regel zu bestimmen, ist unmöglich.

Bestimmen kann man nur: die von dem Schuldner zu erbringende Leistung ist ganz offenbar unbillig und kann daher nicht erzwungen werden, wenn die Anstrengungen, welche die Erbringung der geschuldeten Leistung dem Schuldner kosten würden, zu dem Wert, welchen die Leistung für den Gläubiger hat, einerseits, und dem vermutlichen wirklichen Wert der Leistung zumal der Verpflichtung andererseits in so widersinnigem Gegensatz steht, daß die Leistung schlechterdings nicht verlangt werden kann. Würde der Gläubiger trotzdem auf Erfüllung klagen, so müßte er mit seiner Klage abgewiesen werden, da bei Auslegung des der Verpflichtung zugrunde liegenden Vertrages nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte die Bindung zu einer so schweren Leistung

als nicht gewollt anzusehen und daher die Erzwingung der Leistung als unbillig abzuweisen ist, trotzdem an sich die Leistung von dem Schuldner noch sehr wohl erbracht werden könnte, und es ihm jedenfalls auch ferner freisteht, die Leistung trotz ihrer Unbilligkeit und dadurch bewirkten Nichterzwingbarkeit zu erfüllen.

Hat zum Beispiel das zu leistende Pferd einen Realwert von 3000 Mark, dagegen einen Liebhaberwert für den Gläubiger von dem Doppelten des Realwertes, so kann der Gläubiger sehr wohl verlangen, daß der Schuldner sich das zu liefernde Pferd, wenn der Eigentümer den Affektionswert fordert, verschafft und ihm übereignet. Diese Forderung würde durchaus nicht mit den üblichen Ansichten von Recht und Billigkeit widerstreiten.

Erst wenn der Eigentümer einen auch den Affektionswert noch weit übersteigenden Preis fordert, würde das Verlangen des Gläubigers, der Schuldner sollte trotzdem das Pferd sich verschaffen und ihm übereignen, als ein so unbilliges angesehen werden müssen, daß die Erzwingung der Leistung nicht durchgeführt werden darf. Man muß jedenfalls mit dem Gesichtspunkte der Billigkeit äußerst vorsichtig operieren. Denn wollte man dies nicht tun, so würde leicht eine große Gefährdung der Rechtssicherheit eintreten, auch würde der Schuldner in unbilliger Weise entlastet.

Es ist somit m. E. als richtige Lösung der Streitfrage anzusehen, daß zwar nicht, wie Kleineidam[1] behauptet, jede zur Erbringung der Leistung erforderliche, gemäß erkennbarer Vereinbarung oder gemäß allgemeiner Verkehrsanschauung überobligationsmäßige Kraftanstrengung die Leistung zu einer unmöglichen macht — denn dann würde dem Gläubiger jedes Recht genommen, und dem Schuldner zu starke Befreiung von seinen Pflichten gewährt —, sondern die Anforderung einer überobligationsmäßigen Kraftanstrengung bewirkt lediglich, daß die eine solche

[1] Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre S. 10ff. ff., vergl. auch Unmöglichkeit und Unvermögen § 14.

Anstrengung erfordernde Leistung dann nicht erzwungen werden kann, wenn die Leistung wirklich nur mit solchen Anstrengungen erbracht werden könnte, deren Wert ganz außer Verhältnis zu dem Realwert der Leistung und zu dem Interesse stehen würde, das der Gläubiger an der Erbringung der Leistung gemäß objektiver Beurteilung freilich auch unter angemessener Würdigung der subjektiven Motive derselben haben kann. Das Recht des Schuldners, trotz der offenbaren Unbilligkeit der Leistung und trotz ihrer infolgedessen sich ergebenden Unerzwingbarkeit, dieselbe doch zu erbringen, bleibt durch diese Vorschriften unberührt.

Ich gelange demnach zu dem Resultat, daß Unvermögen und Unmöglichkeit zwei streng sich trennende und scharf begrenzte Begriffe sind. Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung von niemandem trotz aller Anstrengungen erbracht werden kann, Unvermögen ist gegeben, wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung nicht aus eigener Kraft erbringen kann, sondern zur Beschaffung derselben fremder selbständiger Willensbetätigung bedarf.

Ganz unabhängig davon, weder als Teil der Unmöglichkeit noch des Unvermögens sich darstellend, jedoch oft zwischen beide eingreifend, steht der Begriff der überobligationsmäßigen Anforderung. Dieser — jedoch nur dann, wenn die überobligationsmäßige Anforderung offenbar unbillig ist — bewirkt, daß die geforderte Leistung, obgleich an sich die Schuld zu Recht besteht, nicht erzwungen werden kann. Und zwar gründet sich diese Nichterzwingbarkeit auf die Auslegung des zugrunde liegenden Vertrages gemäß § 157 BGB. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, indem man den im Vertrage bekundeten Willen des Schuldners so interpretiert, daß der Schuldner nicht beabsichtigt hat, sich zu einer nach allgemeinen Verkehrsanschauungen offenbar unbilligen Leistung zu verpflichten.

Bevor ich jedoch eingehender auf das Gebiet des anfänglichen Unvermögens und seiner Wirkungen auf das

Bestehen des Vertages eingehe, möchte ich zunächst noch Bezug nehmen auf die von Kisch und Titze angezogenen[1]) nachfolgenden Beispiele:

1. Ein Kohlenhändler weigert sich, die versprochene Leistung zu erbringen, weil wegen eines in seinem Revier ausgebrochenen Streiks die Beschaffung von Kohlen mit ungewöhnlich hohen Kosten verbunden ist.
2. Der Zechenbesitzer ist zwar nicht von allen Arbeitskräften infolge des Streikes entblößt, hat aber nur so viel Arbeiter zur Verfügung, daß er die unentbehrlichen Wasserhaltungsmaschinen versorgen kann, weigert darum die Kohlenlieferung.
3. Der Mieter verweigert mit Ablauf der Mietszeit die Räumung der Wohnung, weil er selbst oder ein Mitglied seiner Familie so schwer krank ist, daß ein Transport nur unter erheblicher Leibes- oder Lebensgefahr erfolgen kann.
4. Der Sänger wird an dem Abend, an dem er auftreten soll, an das Totenbett seiner Mutter oder zum Begräbnis seines Vaters gerufen.

Alle diese Fälle werden von den genannten beiden Schriftstellern unter den Begriff der Unmöglichkeit eingereiht. Doch wenn ich auch der von Krückmann[2]) angeführten Ansicht, daß alle diese Fälle garnicht zur Unmöglichkeit gehörten, in diesem Umfange nicht beistimmen kann, so ist doch auch der von Titze und Kisch aufgestellte Begriff der subjektiven respektive objektiven Unmöglichkeit viel zu weit gefaßt.

In den beiden ersten Fällen ist es zunächst Tatfrage, ob die zu liefernden Kohlen als Spezialmarke nur von dieser Zeche geliefert werden können — wenn nämlich die Schuld eine Genusschuld ist, so hat der Schuldner zu

[1]) Vergl. Kisch a. a. O. S. 13 ff., Titze a. a. O. S. 2 ff.

[2]) A. a. O. S. 3 ff., vergl. auch H. A. Fischer: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 12 ff.

liefern, solange noch etwas von der Genus übrig ist, der Zechenbesitzer muß sich also die zu liefernden Kohlen eventuell durch Kauf verschaffen, wobei freilich auch nach den unten vertretenen Grundsätzen der Anspruch auf Lieferung eventuell zu einem nicht erzwingbaren werden kann — und ob die Zechenbesitzer Kohlenvorräte aufgespeichert haben; ist letzteres der Fall, so haben sie trotz des Streikes bedingungslos zu dem vereinbarten Preise zu liefern, selbst wenn die Kohlen infolge des Streikes bereits höheren Wert erhalten haben. Sind keine Vorräte mehr vorhanden, und ist die Schuld eine Speziesschuld, so sind trotzdem die größten Anstrengungen zu machen, um die Leistung zu erbringen, denn ein Unvermögen zu leisten läßt sich m. E. aus der durch den Streik hervorgerufenen Teuerung nicht herauskonstruieren. Erst wenn der Preis der Kohlen so ins Ungemessene gestiegen ist, daß der Verlust, den der Schuldner durch die Leistung zu dem vereinbarten Preis erleidet, zu dem Gewinn, den der Gläubiger haben wird und dem reellen Werte der Kohlen ganz außer Verhältnis tritt, dann erst soll, wenn der Gläubiger die Lieferung einklagt, der Richter auf Antrag erkennen, daß bei Abschluß des Vertrages der Wille des Schuldners offenbar nicht dahin gegangen ist, sich zu einer derartig ungünstigen Leistung zu verpflichten und soll daher den Anspruch, weil offenbar unbillig und deswegen als nicht mit Willen des Schuldners entstanden anzusehen, abweisen. Freilich darf der Richter von solchem Rechte, den zugrunde liegenden Vertrag nach Recht und Billigkeit mit Rücksicht auf die Verkehrsseite zu Gunsten des Schuldners auszulegen immer nur auf Antrag des Schuldners Gebrauch machen. Diesem muß immer frei stehen, die Leistung trotz ihrer offenbaren Unbilligkeit zu erbringen; denn vielleicht hat er gerade ein großes Interesse daran, seine Verpflichtungen auf jeden Fall, selbst mit bedeutenden Verlusten zu erfüllen, um seinen Kredit zu erhalten, oder auch seinen guten Ruf zu wahren.

Auf diese Weise komme ich zu einem ähnlichen Resultat wie Krückmann. Doch während dieser die der überobligationsmäßigen Anforderung entgegenzusetzende Einrede als Einrede aus entgegenstehendem eigenen Interesse bildet, möchte ich das eigene Interesse des Schuldners mehr in den Hintergrund stellen und vor allem den Gesichtspunkt der allgemeinen Verkehrssitte, wie dieselbe die dem Anspruch zugrunde liegenden Verträge nach Treu und Glauben auslegt, für die Erzwingbarkeit oder Nichterzwingbarkeit der eingeklagten Ansprüche maßgebend machen. Freilich muß eben bei der Auslegung der zugrunde liegenden Verträge auch das persönliche Interesse des Schuldners sehr herangezogen werden, doch soll es nicht allein Ausschlag gebend sein.

Im zweiten Falle hat der Zechenbesitzer nur so viele Arbeiter, um das Wasser von der Grube abzuhalten. Wenn er nun diese trotzdem zum Beschaffen von Kohlen aus der Grube verwenden würde, so würde das Wasser in ganz kurzer Zeit dem Betriebe Einhalt tun. Es liegt daher in diesem Falle, vorausgesetzt natürlich, daß es sich um eine Speziesschuld handelt, m. E. für den Schuldner wirklich Unmöglichkeit zu leisten vor, und muß daher Befreiung eintreten.

Wieder anders liegen die übrigen beiden Fälle.

Der Mieter will nicht ausziehen, weil er schwer am Typhus daniederliegt, der Sänger nicht singen, weil er gleichzeitig ans Totenbett der Mutter gerufen wird.

Wenn Titze in beiden Fällen argumentiert, daß die Leistung unmöglich sei, da ein anderer Mensch in derselben Lage auch nicht zu leisten im Stande sei, so ist diese Argumentation falsch, wie dies auch von Fischer vertreten wird, welcher behauptet[1]), daß nicht Unmöglichkeit sondern Unvermögen vorliege, weil für die Beurteilung nicht maßgebend sei, ob ein anderer Mensch in derselben Lage auch

[1]) Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 13.

nicht die Leistung würde erfüllen können, sondern ob ein anderer Mensch überhaupt die Leistung nicht erfüllen könnte.

Doch möchte ich auch gegen diese Behauptung, daß Unvermögen vorliege, ebenso wie gegen die Annahme einer Unmöglichkeit mit Krückmann vorgehen, welcher behauptet[1]), beide Fälle gehörten garnicht unter die Lehre von der Unmöglichkeit.

Und in der Tat kann ich nicht einsehen, inwiefern Tietze nachweisen will, daß hier ein Zustand eingetreten sei, der die Erfüllung der Leistungspflicht für den Schuldner unmöglich mache; auch ein bloßes Unvermögen, wie Fischer es in beiden Fällen sehen will, ist m. E. nicht gegeben. Der Mieter kann ja doch ausziehen, er kann ja, wenn er zu schwach ist, um selbst wegzugehen, sich der Hülfe von anderen Personen bedienen, er kann sich wegtragen lassen.

Der Sänger kann sich über seinen Kummer wegen der totkranken Mutter hinwegsetzen und kann trotzdem auftreten.

In beiden Fällen wird jedenfalls eine Leistung gefordert, die an sich sehr wohl auch von dem Schuldner erbringbar ist, nur daß im einen Fall Gesundheitsrücksichten, im anderen Falle tiefe seelische Erregung dem Schuldner erschweren, seine Verpflichtung zu erfüllen.

Freilich gehe ich dabei nicht so weit wie Krückmann, der dem Schuldner in beiden Fällen nur eine Einrede aus entgegenstehendem Interesse zuspricht, denn das würde m. E. eine zu starke Bevorzugung des Gläubigers und zu starke Zurücksetzung des schuldnerischen Rechtes bedeuten.

Der Mieter freilich, der ausziehen soll, jedoch schwer am Typhus daniederliegt, hat nur die Möglichkeit, wenn der Vermieter auf Räumung klagt, diesem Anspruche gegenüber geltend zu machen, daß er beim Eingehen des Mietvertrages, welcher doch auch für seine jetzige

[1]) Krückmann a. a. O. S. 4 ff.

Räumungspflicht grundleglich ist, nicht die Absicht gehabt habe, sich eine sein Leben und Gesundheit schwer gefährdende Verpflichtung aufzuerlegen, wie solche die Anforderung, trotz der Krankheit zu räumen, ihm bringen würde.

Auf diese Einrede gründend wird der Richter dann zu der Entscheidung kommen müssen, daß der Vermieter, trotzdem sein Anspruch auf Räumung rein objektiv betrachtet an sich zu Recht besteht, mit seiner Klage abgewiesen wird, weil die Erzwingung der Räumung unter den angegebenen Verhältnissen offenbar unbillig und als in die Mietsvertragsbestimmung nicht mit inbegriffen anzusehen ist. Trotzdem ist die Räumung an sich wohl möglich; jedenfalls liegt weder, wie Kisch und Titze behaupten, Unmöglichkeit, noch, wie Fischer ausführt, Unvermögen vor.

Dennoch aber möchte ich mich der Ansicht Krückmanns nicht anschließen, welcher folgendermaßen argumentiert:

> „Hier von Unmöglichkeit mit allen ihren Folgen zu sprechen, heißt die reale Wirklichkeit vollständig verkennen. Zweifellos wird ein solcher Mieter, wenn eine Feststellungsklage angestellt wird, für schuldig erkannt werden, zu räumen, mag ihm auch immer eine angemessene Schonfrist zugestanden werden, von einem Untergange seiner Räumungspflicht ist keine Rede und kann auch keine Rede sein. Denn wäre sie untergegangen, so wäre sie nach dem herrschenden Dogma, da die Unmöglichkeit grundsätzlich dauernd ist und darum dauernde Wirkung hat, für immer untergegangen, d. h. praktisch: weil der Mieter zurzeit der Räumung am Typhus krank darniederlag, kann er nunmehr bis ans Ende seiner Tage in der Wohnung bleiben, seine Räumungspflicht ist ja untergegangen.

Freilich muß ich zugeben, daß auch m. E. bei Erhebung einer Feststellungsklage der Beklagte selbst unter

diesen Umständen immer schuldig befunden werden muß zu räumen. Ganz anders aber, wenn der Gläubiger statt dessen die Leistungsklage auf Räumung anstrengt. Die Verpflichtung zu räumen beruht lediglich auf dem zu Grunde liegenden Mietvertrag und der demgemäß geschehenen Kündigung. Diese Verpflichtung bleibt immer bestehen. Mit Rücksicht auf die vorliegenden Verhältnisse wird jedoch die Erzwingbarkeit dieser Räumungspflicht ausgeschaltet für die Zeit, in der der Schuldner seiner Verpflichtung nur mit einer seine Gesundheit schädigenden, und daher offenbar unbilligen Anstrengung würde nachkommen können. Es handelt sich demnach nicht nur um eine von der Loyalität des Vermieters abhängigen Schonfrist, sondern um eine Zeit, wo die Räumungspflicht des Schuldners tatsächlich nicht erzwingbar ist.

Wenngleich ich nun auch die Ansicht Krückmann's, daß keine Unmöglichkeit vorliege, vollkommen teile, so erachte ich doch die Ausführung desselben gegen das Vorliegen einer Unmöglichkeit für unzutreffend und verfehlt. Nach Ansicht Titzes soll nicht, wie Krückmann annimmt, die ganze Räumungspflicht infolge der außerordentlichen entgegenstehenden Schwierigkeiten unmöglich sein, sondern nur die Verpflichtung, gerade zu dem Zeitpunkte zu räumen, wo der Mieter schwer krank liegt. Später sollen, auch nach Titzes Ansicht, natürlich die Pflichten, die dem Schuldner auf Grund des Mietvertrages auferlegt sind, wieder Platz greifen.

Noch anders liegt der Fall mit dem Sänger. Dieser hat mit irgend einer Bühne vereinbart, an einem bestimmten Tage daselbst aufzutreten. Kurz vor diesem Tage erhält er plötzlich die Nachricht, seine Mutter liege auf dem Sterbebette. Er eilt zu ihr, und kann daher an dem betreffenden Abend nicht auftreten.

Gemäß § 887 Abs. 2 ZPO. ist bei einem Dienstvertrage — um einen solchen handelt es sich hier wohl zweifellos — die Erzwingung der in demselben versprochenen

Dienste nicht statthaft. Der Sänger kann also, auch wenn er dazu verurteilt wird, nicht durch Haft oder Geldstrafe gezwungen werden zu singen. In dieser Hinsicht ist der Sänger demnach genügend geschützt. Anders aber, wenn nun die Bühne gegen den Sänger wegen Nichterfüllung des Vertrages auf Schadensersatz klagt. Soll der Sänger dann nur die Möglichkeit haben, durch Klarlegen der Tatsachen die Entscheidung des Richters herbeizuführen, daß bei Abschluß des Vertrages der Sänger nicht die Absicht gehabt habe, sich zu einer Verpflichtung zu verbinden, deren Erfüllung für ein einigermaßen pietätvolles Empfinden einen Schlag ins Gesicht bedeute, ja die sogar unsittlich erscheinen müsse, und daß daher die Erfüllung des Vertrages unter diesen Umständen nicht gefordert werden und demgemäß auch kein Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden könne? Nein! Dies etwas unsichere, im Erfolge von der jeweiligen Einsicht des Richters abhängige Einrederecht des Sängers wird in diesem Falle bedeutend ergänzt durch die Gesetzesvorschrift des § 626 BGB. § 626 lautet:

„Ein Dienstvertrag kann gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt."

Das in dem angefürten Tatbestand ein solcher „wichtiger Grund" gegeben ist, dürfte m. E. zweifellos sein.

Da das BGB. den Begriff des wichtigen Grundes nicht näher definiert hat, ist anzunehmen, daß jeder Umstand, der in den gewöhnlichen Lauf der Dinge derartig eingreift, daß Handlungs- und Denkweise der betroffenen Personen nach allgemeinen Anschauungen in Mitleidenschaft gezogen und beeinflußt werden muß, als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB. sich darstellt.

Daß dies beim Tode respektive bei schwerer Erkrankung der Mutter bei dem Sänger der Fall ist, und der Fall sein muß, das dürfte wohl den allgemeinen Anschauungen entsprechen. Das Recht zu kündigen steht daher dem Sänger frei; er kann sich also ohne Weiteres

von seiner Verpflichtung lösen und ist, da die Kündigung zu Recht geschieht, nicht schadensersatzpflichtig.

Die Frage, ob der Sänger dann ersatzpflichtig ist, wenn er von seinem Kündigungsrechte keinen Gebrauch macht, sondern erst während des wegen Nichterfüllung gegen ihn erhobenen Schadensersatzprozesses die Begründung seines Nichtauftretens vorbringt, diese Frage gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, da sie nur die Frage nach dem Verschulden enthält. Es würde daher zu weit führen, näher hierauf einzugehen.

§ 3.

Unterscheidung zwischen anfänglichem und nachfolgendem Unvermögen.

Nach diesen Auseinandersetzungen über das allgemeine Thema vom Unvermögen des Schuldners zur Leistung möchte ich auf die Trennung dieses Begriffes in anfängliches und nachfolgendes Unvermögen eingehen.

Wenngleich diese Trennung keine Änderung der Begriffe erzeugt hat, so hat sie doch, je nachdem anfängliches oder nachfolgendes Unvermögen vorliegt, ganz andere Erfolge gezeitigt.

Zunächst dürfte es von Wichtigkeit sein, festzustellen, welcher Zeitpunkt der entscheidende ist dafür, ob anfängliches oder nachfolgendes Unvermögen vorliegt.

Mommsen schreibt hierüber [1]):

> „Der entscheidende Zeitpunkt ist hier nicht der, mit welchem die Obligation perfekt wird, sondern der Augenblick, mit welchem für beide Parteien, oder doch wenigstens für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Ver-

[1]) A. a. O. § 1, vergl. auch: Brinz, Pandekten II § 270; Windscheid II § 264.

pflichtung aufhört, also bei bedingten Verträgen nicht die Zeit der Erfüllung der Bedingung, sondern die Zeit der Abschließung des Vertrages."

Der gleiche Standpunkt dürfte auch heute noch der Richtige sein, wenngleich einige Zweifel darüber laut geworden sind, ob bei einem aufschiebend bedingten Vertrag ein nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintreten der Bedingung sich ergebendes Unvermögen als nachfolgendes oder als anfängliches Unvermögen anzusehen ist.

Der § 275 bestimmt, daß Befreiung des Schuldners nur eintrete, wenn die unverschuldete Unmöglichkeit beziehungsweise das unverschuldete Unvermögen „nach Entstehung des Schuldverhältnisses" eingetreten sei. Bei einem aufschiebend bedingten Vertrag entsteht aber ein Schuldverhältnis nicht vor Eintritt der Bedingung.[1])

Demnach würde hieraus sich ergeben, daß ein nach Abschluß des Vertrages aber vor Eintreten der Bedingung entstehendes Unvermögen oder Unmöglichkeit als anfängliches Unvermögen resp. anfängliche Unmöglichkeit anzusehen sein würde.

Diesem Resultat widersprechen aber wichtige Gründe. Und zwar liegen diese teils in der Auslegung des § 306 BGB., teils in praktischen Erwägungen. Der § 306 sagt in seinem Wortlaut:

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

das bedeutet, daß nichtig der Vertrag ist, der zur Zeit seiner Abschließung auf eine Leistung gerichtet ist, die eben zu dieser Zeit notwendig nicht zu erbringen ist. Nicht also ist ein Vertrag nichtig von vorne herein, wenn bei Abschluß desselben die zu erbringende Leistung möglich war, aber vor Eintreten der Bedingung durch Verschulden des zur Leistung verpflichteten wieder unmöglich gemacht würde. Denn zur Zeit des Vertragsabschlusses war die

[1]) Vergl. Motive I S. 255: Eine bedingte Schuld ist noch keine Schuld.

Leistung zu erbringen, und darauf kommt es bei der Beurteilung der Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages allein an.

Würde man anders argumentieren, so müßte man zu höchst unbilligen Resultaten gelangen.

Denke man folgenden Fall:

A. kauft von B. einen edlen Hengst, um ihn für seine Pferdezucht zu verwenden. Da B. jedoch den Stammbaum des Tieres nicht nachweisen kann, setzt er die Erbringung des Stammbaumes für die Gültigkeit des Kaufes als Bedingung.

Inzwischen hat A. in der bestimmten Erwartung, das Tier in wenigen Wochen übereignet zu erhalten, die für die Aufnahme des Hengstes notwendigen baulichen Veränderungen vornehmen lassen, als ihn eines Tages die Nachricht trifft, daß durch Verschulden des B. der Hengst eingegangen ist. Bald darauf wird ihm der Stammbaum des nunmehr krepierten Tieres vorgelegt.

Würde man annehmen, daß die zwischen Vertragsschluß und Eintreten der Bedingung sich ergebende Unmöglichkeit eine anfängliche wäre, so müßte man zu dem weiteren Schlusse kommen, daß der Vertrag nichtig ist, und daher irgend welche Verbindlichkeiten zwischen den Parteien nicht erzeugt. Dieses Ergebnis dürfte aber wohl offenbar unbillig sein, denn es würde auf diese Weise dem A. keine Möglichkeit gegeben, für eventuellen Schaden, der ihm durch Verschulden des B. entstanden ist, Ersatz zu verlangen.

Welcher Natur freilich dieser Schaden sein kann, das würde Tatfrage sein.

Nimmt man dagegen, — und dies ist herrschende Meinung, — nachfolgende Unmöglichkeit an, so kommt man zu dem weit billiger erscheinenden Schluß, daß dem A. aus dem Verschulden des B. ein Ersatzanspruch erwachsen

ist. Welcher Art dieser Anspruch ist, würde natürlich wiederum Tatfrage sein.

Zu demselben Ergebnis gelangt man beim Unvermögen. Tritt nach Abschluß des Vertrages aber vor Eintreten der Bedingung Unvermögen des Schuldners zur Leistung ein, ohne daß er dies Unvermögen verschuldete, so müßte man, wenn man dies Unvermögen ein anfängliches nennen wollte, den Schuldner ohne weiteres für seine Leistung verhaftet bleiben lassen, während man, wenn der Vertrag unbedingt gewesen wäre, mithin naturgemäß eigentlich eine stärkere Haftung des Schuldners hätte erzeugt werden müssen, den Schuldner einfach seiner Verpflichtung gemäß § 275 BGB. entbinden konnte.

Ebenso das von Oertmann in der 2. Auflage S. 128 gebotene Beispiel[1]): Jemand verspricht einem anderen einen Gegenstand, etwa eine seltene Münze, unter irgend einer aufschiebenden Bedingung (z. B. Bestehen der Staatsprüfung); dieser Gegenstand kommt ihm aber nach Vertragsschluß, jedoch vor Eintritt der Bedingung abhanden, z. B. ohne Verschulden in Besitz oder Eigentum eines Dritten, der ihn nicht herausgeben will. — Da angenommen wird, daß der Gegenstand an sich noch vorhanden ist, daß also nur Unvermögen zur Leistung vorliegt, so würde in diesem Falle bei Annahme anfänglichen Unvermögens der Schuldner gemäß § 306 BGB. zur Leistung verpflichtet bleiben, während er bei unbedingtem Versprechen gemäß § 275 BGB. haftfrei wäre, ein Ergebnis, das Oertmann mit Recht als widersinnig bezeichnet.

Mann dürfte daher zu der begründeten Ansicht gelangen müssen, daß eine Unmöglichkeit oder ein Unvermögen, das zwischen Abschluß des Vertrages und Eintreten der Bedingung entsteht, als ein nachträgliches aufzufassen ist.

[1]) Vergl. Kleineidam in Unmöglichkeit und Unvermögen S. 88 ff., Fischer: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 42 ff., Endemann S. 693—694, Staudinger: 5. u. 6. Aufl. zu § 306 1a. β, Kisch S. 27, Planck zu § 275 No. 2, Titze S. 54.

Dies Resultat rechtfertigt sich auch aus dem Wortlaute des Entwurfes zum § 238, welcher dem jetzigen § 281 BGB. entspricht, und welcher in seinem 2. Absatz lautet:

> „Die Vorschriften des ersten Absatzes finden auch dann Anwendung, wenn das Schuldverhältnis von einer aufschiebenden Bedingung oder von einem die Entstehung der Forderung aufschiebenden Anfangstermine abhängig war und die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termines unmöglich geworden war."

Wenn das heutige Gesetz diese Bestimmung nicht in seinem Text aufgenommen hat, so darf hieraus nicht geschlossen werden, daß das BGB. in dieser Sache eine andere Entscheidung hat herbeiführen wollen, sondern es geht daraus nur hervor, daß das BGB. diese Bestimmung als aus Wortlaut und praktischen Erwägungen hervorgehend für überflüssig erachtete.

Es dürfte daher m. E. unwiderleglich sein, daß eine nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintreten der Bedingung entstehendes Unvermögen oder eine dann eintretende Unmöglichkeit immer als nachfolgendes Unvermögen oder nachfolgende Unmöglichkeit anzusehen ist,[1]) denn wenn die Verpflichtung zur Leistung auch erst mit Eintreten der Bedingung für den Schuldner entsteht, ob der Schuldner unvermögend ist, den Vertrag zu erfüllen, oder ob die Erfüllung überhaupt unmöglich ist, die Beurteilung dieser Frage ergibt sich allenfalls schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, und dieser Zeitpunkt ist hierfür allein maßgebend.

Noch klarer ist die Entscheidung, wann bei einem Vertrage über eine nur befristete Leistung ursprüngliches, wann nachfolgendes Unvermögen oder nachfolgende Unmöglichkeit vorliegt. Denn bei einem solchen Vertrage

[1]) Ebenso Kisch a. a. O. S. 30, Titze S. 54, Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 334 Note 15; abweichend Fischer: Beitrag zur Unmöglichkeitslehre S. 44, Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen S. 88 ff.

ist die Entstehung der Verpflichtung des Schuldners nicht mehr abhängig von einem ungewissen zukünftigen Ereignis, sondern die Leistungsverpflichtung an sich ist entstanden mit dem Vertrage, das Leistenmüssen dagegen ist auf einen bestimmten Zeitpunkt hinausgehoben. Wenn also hier nach Abschluß des Vertrages, vor Eintritt des Zeitpunktes Unvermögen oder Unmöglichkeit entsteht, so ist dies zweifellos eine nachfolgende Unmöglichkeit, ein nachfolgendes Unvermögen.

Nach diesen Erwägungen möchte ich festlegen:

Ursprüngliches Unvermögen liegt dann vor, wenn der Schuldner zur Zeit des Abschlusses des Vertrages nicht imstande ist, seinen Verpflichtungen aus eigner Kraft, ohne Hinzuziehung fremder, selbständiger Willensäußerungen nachzukommen, während nachträgliches Unvermögen dann eintritt, wenn nach Abschluß des Vertrages das Erfüllenkönnen der versprochenen Leistung aus der Machtsphäre des schuldnerischen Willens austritt.

§ 4.

Die Wirkungen des anfänglichen Unvermögens auf das Bestehen des Vertrages.

Zuletzt möchte ich in den Rahmen dieser Arbeit noch eine kurze Auseinandersetzung über die Wirkungen des anfänglichen Unvermögens auf das Bestehen des Vertrages einschließen.

Das Gesetz selbst erwähnt nichts über die Folgen, die ein zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorliegendes Unvermögen des Schuldners zu leisten auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Vertrages ausübt. Es hat vielmehr lediglich festgelegt, daß beim Vorliegen einer anfänglichen Unmöglichkeit ein Vertrag nicht zustande kommt, und eine Verbindlichkeit für die Parteien nicht erzeugt wird.

Doch läßt eben diese Bestimmung über die Wirkung der anfänglichen Unmöglichkeit m. E. gerade mit Sicherheit darauf schließen, daß beim Vorliegen anfänglichen Unvermögens die Gültigkeit des Vertrages durch dasselbe nicht berührt werden soll.

Im gemeinen Recht war es wohl streitlos,[1]) daß trotzdem dem Schuldner zur Zeit der Abschließung des Vertrages eine difficultas dandi entgegenstand, der Vertrag doch ohne weiteres von Bestand blieb.

Freilich fanden sich auch hier und da Gegner dieser herrschenden Lehre, so vor allen Dernburg,[2]) der bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrages wie bei objektiver Unmöglichkeit annimmt. Ebenso weicht auch Hartmann,[3]) freilich nicht so bestimmt, von derselben ab. Dieser lehnt es nämlich ab, für jeden Fall die Folgen des anfänglichen Unvermögens ein für alle Mal fest zu fixieren, will vielmehr in jedem Falle besonders die Beurteilung der Sachlage für die Entscheidung maßgebend sein lassen. Er unterscheidet hierbei vor allem zwischen „obligationes stricti juris" und „obligationes bonae fidei". Erstere verpflichteten seiner Ansicht nach auch bei anfänglichem Unvermögen den Schuldner jedenfalls; bei letzteren dagegen unterscheidet er noch wieder, ob es sich um entgeltliche Verträge handelt, oder um unentgeltliche. Bei den unentgeltlichen Verträgen wirkt seiner Ansicht nach anfängliches Unvermögen ebenso wie anfängliche Unmöglichkeit, nämlich vernichtend, auf das Bestehen des Vertragsverhältnisses.

[1]) Mommsen a. a. O. S. 16, Windscheid a. a. O. S. 267, vergl. weiter:
l. 55 D., de actionibus empti et vendendi, 19, 1.
l. 34 D., de verborum obligationibus, 45, 1.
l. 15 D., de usurpationibus et usucapionibus, 41, 3.
l. 28 D., de contrahenda emptione, 18, 1.
l. 49 § 2 D., de legatis et fideicommissis, II.
l. 39 § 7 D. u. l. 40 D., de legatis et fideicommissis, I.

[2]) Dernburg: Pandekten II S. 45 ff.

[3]) A. a. O. S. 199.

Diese einzelnen abweichenden Meinungen konnten unter der Herrschaft des gemeinen Rechts die Lehre von der Nichtbeeinflussung der Verträge durch anfängliche subjektive Unmöglichkeit nicht erschüttern. Wie nun ist es unter der Herrschaft des BGB. geworden? Die Literatur über diese Frage hat verschiedene Ergebnisse gezeitigt: eine Partei tritt für die Gültigkeit, eine für die Nichtigkeit der Verträge bei anfänglichem Unvermögen des Schuldners auf, eine dritte Partei nimmt vermittelnde Stellung ein.

Die für die Ungültigkeit der Verträge plaidierende Partei wird vertreten durch Stammler[1], Krug[2], Remke[3], doch dürften ihre Ausführungen wenig überzeugend sein, zumal Stammler seine Behauptung sogar ganz ohne Begründung gelassen hat.

Wenn Krug sich darauf stützt, die Redaktion der Motive wäre sich bei der Fixierung des Satzes:

„ein Vertrag, bei dem der Schuldner ursprünglich unvermögend zur Leistung ist, ist gültig."

der Tragweite des Begriffes „subjektives Unvermögen" garnicht bewußt gewesen, so wird dadurch m. E. keinesfalls der Beweis für die Lehre Krugs geführt.

Vielmehr könnte m. E. der Beweis, daß dem anfänglichen Unvermögen die Folgen der anfänglichen Unmöglichkeit beizulegen seien, nur durch Billigkeitserwägungen geführt werden, Erwägungen nämlich darüber, wie inkonsequent und unbillig es sei, daß bei fast gleicher Auslegung der Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen beiden grundverschiedene Wirkungen beigelegt seien.

Auf diese Erwägungen hier noch weiter einzugehen, dürfte sich bei den bisher in dieser Arbeit über den Begriff des Unvermögens aufgestellten Sätzen erübrigen, da ich eben versucht habe, nachzuweisen, daß Unvermögen ein der Unmöglichkeit ganz verschiedener Begriff ist und

[1]) A. a. O. S. 107.
[2]) A. a. O. S. 37.
[3]) A. a. O. S. 65.

nicht in der Auslegung, wie z. B. Krug annimmt, fast ganz gleichartig.

Definiert man den Begriff des Unvermögens so, wie es von mir in dem ersten Teile der Arbeit geschehen ist, so ist m. E. ganz ausgeschlossen, den beiden Begriffen gleiche Wirkungen beilegen zu wollen.

Wenn das Gesetz bei nachfolgendem Unvermögen dies trotzdem zum Teil getan hat, so hat es, um eine unbillige Wirkung dieser Gleichstellung auszuschließen, dafür dem Gläubiger einen Anspruch auf Ersatz gegeben und somit trotzdem einen guten Erfolg hervorgerufen. M. E. kann man jedenfalls so, wie der Begriff des Unvermögens von mir gefaßt ist, nur zu der Bestimmung kommen, daß ein Vertrag trotz Vorliegens anfänglichen Unvermögens des Schuldners gültig sein muß.

Dieser Ansicht ist auch die Mehrheit der das anfängliche Unvermögen behandelnden Schriftsteller gewesen.[1])

Und in der Tat kommt man nur so zu einem befriedigenden, logisch richtigen Ergebnis.

Das BGB. trennt die Begriffe Unmöglichkeit und Unvermögen von einander und stellt sie in ihrer Rechtswirkung nur dann gleich, wenn es diese Gleichstellung besonders durch Gesetz bestimmt. Über die Gleichstellung von anfänglicher Unmöglichkeit und anfänglichem Unvermögen ist jedoch nirgends etwas erwähnt.

Hieraus ist zu schließen, daß, weil das Gesetz beide Begriffe nicht ausdrücklich gleichstellt, das Unvermögen andere Erfolge hervorbringen soll, wie die Unmöglichkeit.

Biermann versucht in seiner Begründung diesen Erfolg auch dadurch noch zu rechtfertigen, daß er die §§ 2169

[1]) Vergl. Planck zu § 306 Anm. 4, Cosack a. a. O. S. 353, Staudinger 3./4. u. 5./6. Aufl. zu § 306 Anm. 1 b., Keineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen S. 46 ff., Oertmann zu § 306 Anm. 1 b, Crome a. a. O. S. 160. Entsch des Reichs-Ger. in Zivilsachen Bd. 51 S. 92 u. Bd. 52 S. 417, Titze a. a. O. S. 247, Biermann a. a. O. S. 95., Rspr. des OLG., Bd. 6, S. 231.

und 2170 BGB. analog auf das anfangliche Unvermögen bei gegenseitigen Verträgen anwenden will.

Doch ist dieser Versuch m. E. mißlungen.

Denn wenn schon einerseits die Ausführungen Pakuschers[1]) und Loskes[2]) richtig sind, daß das Gesetz den § 2170 Abs. 2 BGB. nicht deshalb aufgestellt hat, um die Gültigkeit des Vermächtnisses trotz des ursprünglichen Unvermögens des Beschwerten besonders zu betonen, sondern vielmehr, weil es den Verpflichteten schonen wollte, der sonst eventuell vollen Schadensersatz hätte leisten müssen, so gelangt m. E. andererseits Biermann zu seinem richtigen Resultat im Wege unlogischer Folgerung.

Indem Biermann nämlich den § 2170 Abs. 2 BGB. analog anwendet, folgert er so:[3])

> „Ist der Beschwerte zur Verschaffung außerstande — so lautet § 2170 Abs. 2 — so hat er den Wert zu entrichten. Das Schuldverhältnis besteht also auch dann, wenn die Leistung zur Zeit seiner Entstehung subjektiv unmöglich ist. Es besteht dagegen nach § 2171 nicht, wenn die Leistung objektiv unmöglich ist. Schuldverhältnisse, welche auf letzwilligen Verfügungen beruhen, werden also verschieden behandelt, je nachdem die Leistung zur Zeit ihrer Entstehung objektiv oder subjektiv unmöglich ist. Da nun das BGB. das auf Vertrag beruhende Schuldverhältnis dem auf Vermächtnis beruhenden für den Fall, daß die Leistung objektiv unmöglich ist, vollkommen gleichstellt, andererseits die Wirkung der subjektiven Unmöglichkeit gar nicht erwähnt, so erscheint die analoge Anwendung der Behandlung der auf letztwillige Verfügung beruhenden Schuldverhältnisse auf vertragsmäßige doch wohl vollkommen gerechtfertigt."

---

[1]) A. a. O. S. 59 Anm. 9.

[2]) A. a. O. S. 52.

[3]) Biermann a. a. O. S. 95. ff.

M. E. dürfte die analoge Anwendung des § 2170 überhaupt zu einem zweifelhaften Resultate kommen, zumal man auf dem gleichen Wege gerade das Gegenteil beweisen kann.

Folgert man nämlich so: Da im Erbrecht die Folgen des Unvermögens ausdrücklich geregelt sind, so läßt sich erkennen, daß das Gesetz hier einen Gegensatz zu der Regel im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse gewollt hat, daß es daher im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse hat sagen wollen: Auch anfängliches Unvermögen vernichtet den Vertrag.

Wenn demnach die analoge Anwendung des § 2170 überhaupt ein zweifelhaftes Resultat ergibt, so hätte m. E. Biermann bei streng logischer Folgerung auch zu einem anderen Resultate gelangen müssen. Während er nämlich zu der Entscheidung kommt, daß trotz Vorliegens anfänglichen Unvermögens der Vertrag giltig ist, hätte er gemäß seinen Ausführungen richtig folgern müssen:

Liegt anfängliches Unvermögen des Schuldners zu leisten vor, so erwächst dem Gläubiger zwar kein Anspruch auf Erfüllung, wohl aber ein Anspruch auf den Wert, den die Erfüllung für ihn haben würde.

Das dürfte aber doch etwas ganz anderes sein, ob jemand die versprochene Sache zu leisten oder nur ihren augenblicklichen Wert zu entrichten hat.

M. E. würde man auf diesem Wege analoger Anwendung viel eher zu der vermittelnden Ansicht Dernburgs kommen, welcher behauptet, der Unterschied der Wirkung des Unvermögens vom Falle der Unmöglichkeit sei nur der, daß der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unvermögens des Schuldners unausführbar ist, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt, also nicht bloß auf das negative Vertragsinteresse verwiesen ist.[1])

Diese Ansicht durfte jedoch ebensowenig von Bestand sein, wie die von der Ungültigkeit der Verträge bei an-

[1]) Vergl. Dernburg: Schuldverhältnisse 1./2. Aufl. § 61 II S. 131.

fänglichem Unvermögen, da sie m. E. dem Gläubiger zu wenig Rechte einräumt.

Dernburg verteidigt seine Theorie freilich mit ihrer angeblich größeren Brauchbarkeit in der Praxis, indem er nämlich ausführt, daß der Gläubiger, wenn ihm von vorne herein ein klagbarer Anspruch auf das Interesse zugebilligt würde, nicht erst auf Erfüllung klagen müsse. Hierdurch bliebe ein großes Zeitversäumnis und dadurch eine eventuelle Schädigung dem Gläubiger erspart.

Dernburg legt nämlich die herrschende, hauptsächlich von Planck vertretene Ansicht so aus, daß der Gläubiger notwendig erst auf Erfüllung klagen müsse, trotzdem er das anfängliche Unvermögen des Schuldners kennt, und daß er dann erst auf Grund des § 283 BGB. diesen Erfüllungsanspruch in eine Geldforderung umwandeln könne.

Diese Auslegung Dernburgs ist aber falsch, und damit ist die Beweiskraft der von Dernburg für die Unbrauchbarkeit der herrschenden Lehre gemachten Anführungen gebrochen. Denn nach der herrschenden Ansicht muß der Gläubiger nicht notwendig zuerst auf Erfüllung klagen, er kann es aber. Will er es nicht, so kann er gemäß § 250 BGB. den Anspruch auf Erfüllung auch schon vor Rechtskraft in eine Geldforderung umwandeln.

Hat der Gläubiger dann die so erlangte Geldforderung eingeklagt und erfährt nun im Prozeß, der Schuldner sei inzwischen vermögend geworden, die primär geschuldete Leistung zu erbringen, so steht es ihm gemäß § 268 ZPO. immer noch frei, wieder die erstgeschuldete Leistung zu fordern.

§ 268 ZPO. sagt nämlich, daß es als unzulässige Klageänderung nicht anzusehen ist, wenn ohne Änderung des Klaggrundes wegen einer später eingetretenen Veränderung statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein anderer Gegenstand gefordert werde.

Eine Änderung des Klaggrundes liegt nicht vor, denn der nichterfüllte Vertrag ist für beide Klagen grundlegend;

die eingetretene Veränderung ist die, daß die Voraussetzung des Glaubigers, der Schuldner sei unvermögend, entfallen ist. Eine unzulässige Verschlechterung der Rechtslage des Schuldners wird ebenfalls nicht durch diese Klageänderung erzeugt.

Will jedoch der Glaubiger die Erfüllung trotz Bestehens des anfänglichen Unvermögens des Schuldners zu leisten erzwingen, so macht er gemäß § 249 BGB den Anspruch auf Herstellung des Zustandes geltend, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Auf diese Weise erreicht er in Wahrheit Erfüllung des primären Anspruches, zumal gemäß § 251 nur Unmöglichkeit nicht Unvermögen zur Umwandlung des durch Verschulden begründeten Herstellungsanspruches in eine Geldforderung genügt, wenngleich freilich aus Billigkeitsrücksichten dem Schuldner das Recht zugestanden werden muß, den Glaubiger in Geld zu entschädigen, falls die Erfüllung nur mit ganz außergewöhnlichen und daher unbilligen Aufwendungen zu erbringen ist.

Man kommt also auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß bei anfänglichem Unvermögen der Glaubiger sowohl Erfüllung verlangen, als auch eine Umwandlung dieses Rechtes in eine Geldforderung betreiben kann.

M. E. ist dies Resultat in der Praxis weit billiger und ebenso gut durchführbar wie der Interessenanspruch, wie ihn Dernburg vorschlagt, welcher den Glaubiger lediglich auf diesen Anspruch beschränkt, trotzdem dem Glaubiger in vielen Fällen mehr an Erfüllung als an Entschädigung in Geld gelegen sein wird.

Jedenfalls kann man m. E. nur auf diesem Wege zu einem logisch richtigen Resultat gelangen, denn es ist mir nicht verständlich, wie Dernburg zu seinem Ergebnis gelangen will. Wenngleich er den Interessenanspruch so begründet, dass der Schuldner mit der Verpflichtung zur Leistung auch die Haftung für seine Leistungfähigkeit über-

nommen habe, so ist aus dieser Haftpflicht doch nicht unmittelbar die Verpflichtung des Schuldners, dem Gläubiger sein positives Vertragsinteresse in Geld zu ersetzen, herauszukonstruieren.

Primär muß vielmehr der Schuldner auch bei anfänglichem Unvermögen zur Leistung immer auf die Erfüllung verhaftet bleiben, doch soll es eben im Interesse der Billigkeit dem Gläubiger freistehen, wenn er das Unvermögen des Schuldners kennt, direkt den Ersatzanspruch geltend zu machen, eventuell auch diesen Anspruch in eine Geldforderung schon vor Rechtskraft umzuwandeln.

Wollte man dies Recht dem Gläubiger nicht zustehen, so müßte man, glaube ich, mit Recht der Äußerung Dernburgs folgend, das Verfahren aus § 283 BGB. als ein in der Praxis höchst unbrauchbares erklären.

Zum Schluß möchte ich noch auf eine Ausführung Titzes [1]) eingehen, der den § 275 BGB. analog auf das anfängliche Vermögen anwenden will.

Titze kommt im Wege dieser analogen Anwendung zu dem Resultate, daß der Schuldner, wenn er infolge von Anfang an vorhandenen Unvermögens die Leistung nicht zu bewirken vermag, und die subjektive Unmöglichkeit nicht von ihm zu vertreten ist, von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Hat der Schuldner sein Unvermögen jedoch zu vertreten, so soll er, so meint Titze, entsprechend der Vorschrift des § 280 BGB. zum Ersatze des Erfüllungsinteresses verpflichtet sein.

M. E. wäre eine analoge Anwendung nur dann zulässig und geboten, wenn sich in der Lehre über das Unvermögen eine Lücke im Gesetze zeigen sollte. Ein solches Fehlen von Gesetzen behauptet Titze allerdings, doch ist seine Beweisführung hierüber m. E. als mißlungen anzusehen. Denn die allerdings nicht vorhandene positive Gesetzesvorschrift ist völlig dadurch ersetzt, daß das BGB., welches

[1]) A. a. O. S. 251 u. 252.

sonst von dem Prinzip ausgeht, daß Unvermögen keine Einwirkung auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrages ausübt, es sei denn, daß dies ausdrücklich im Gesetze bestimmt ist, keine Vorschrift enthält über die Gleichstellung der Wirkungen des anfänglichen Unvermögens und der anfänglichen Unmöglichkeit.

Ein Grund, eine analoge Anwendung des § 275 BGB. vorzunehmen, liegt mithin nicht vor.

Das Endergebnis der ganzen Ausführungen wäre demnach das, daß anfängliches Unvermögen, wie auch die Mehrzahl der Schriftsteller annahm, keinen Einfluß hat auf die Fortdauer des Vertrages, daß derselbe vielmehr in derselben Form bestehen bleibt, nur daß dem Gläubiger aus der durch das anfängliche Unvermögen erzeugten Haftpflicht des Schuldners das Recht erwächst, eventuell von seinem Erfüllungsanspruch abzustehen und seinen Ersatzanspruch sofort geltend zu machen.

Dabei möchte ich allerdings gleich hinzufügen, daß ich das Resultat für unbedingt tauglich nur halte, wenn man den Begriff „Unvermögen" entsprechend den obigen Ausführungen definiert; nur bei solcher umfassenden Erweiterung des Begriffes ist ein günstiger Erfolg in der Praxis zu gewährleisten.